DE BEPERKING VAN MENSENRECHTEN ONDER HET IVBPR

Martin Kuijer & Rick Lawson*

Onder omstandigheden kan het noodzakelijk zijn grenzen te stellen aan de uitoefening van mensenrechten. Dit artikel vergelijkt de grenzen die in het IVBPR zijn getrokken met die van het EVRM. § 2 staat stil bij de mogelijkheid voorbehouden te maken en bij beperkingen die voortvloeien uit de redactie van het IVBPR. § 3 richt zich op de noodtoestand als mogelijkheid de uitoefening van mensenrechten op te schorten. Het zwaartepunt van deze bijdrage ligt in § 4, waarin min of meer alledaagse beperkingen van enkele rechten, vergelijkbaar met de artikelen 8-11 EVRM, aan de orde komen. In de slotparagraaf wordt geconcludeerd dat de aanvullende garanties van het IVBPR een directe betekenis hebben voor het EVRM.

> 'It will frequently be found that the key issue in disputes on human rights (whether in the courts or in public controversy) is not about the existence of a basic human right or its source but is about the validity of the limitation imposed on its exercise.'[1]

1. Inleiding

'The freedom to move my hand ends where the nose of my neighbour begins', en de vrijheid van meningsuiting strekt zich niet zover uit dat zij ook de kreet 'Brand!' omvat wanneer die zonder enige aanleiding in een volle bioscoopzaal wordt geslaakt. Mensenrechten zijn weliswaar inherent aan de waardigheid van de mens en als zodanig onvervreemdbaar[2], maar dat neemt niet weg dat het onder omstandigheden noodzakelijk kan zijn zekere grenzen te stellen aan de uitoefening van die rechten. Dit besef komt bijvoorbeeld tot uitdrukking in de *American Declaration on the Rights and Duties of Man* (Bogotà, 1948): 'The rights of man are limited by the rights of others, by the security of all, and by the just demands of the general welfare and the advancement of democracy'.

Tegelijkertijd brengt de mogelijkheid mensenrechten te beperken, zeker wanneer zo'n losse formulering wordt gehanteerd als in de *American Declaration*,

* M. Kuijer studeert civiel recht aan de RU Leiden, drs. R.A. Lawson is als universitair docent verbonden aan het Europa Instituut, vakgroep internationaal publiekrechtelijke vakken van de RU Leiden, en redacteur van dit tijdschrift. In eerste instantie heeft de eerste auteur §§ 2 en 4.1 geschreven, de tweede de overige tekst; zij zijn beiden verantwoordelijk voor de uiteindelijke inhoud van het geheel.

1 D. Costello, 'Limiting Rights Constitutionally', in J. O'Reilly (ed.), *Human Rights and Constitutional Law -- Essays in Honour of Brian Walsh* (1992), p. 177. Costello verwierf zich juist op dit terrein een zekere reputatie door in 1992 als *High Court judge* van Dublin een uitreisverbod op te leggen aan een veertien-jarig meisje, dat tevoren als gevolg van een verkrachting zwanger was geraakt, teneinde te voorkomen dat zij in Engeland een abortus zou ondergaan.

2 Verg. de preambule van de Universele Verklaring van de Rechten van de Mens (1948).

het gevaar met zich mee dat zij worden uitgehold. Een effectieve bescherming van mensenrechten vergt dan ook dat een delicate balans wordt getroffen: aan de ene kant moet worden erkend dat de uitoefening van mensenrechten soms voor bepaalde belangen moet wijken; aan de andere kant moet worden voorkomen dat de rechten verder worden beperkt dan strikt noodzakelijk is. Iedere regeling van mensenrechten – nationaal of internationaal – streeft deze balans op eigen wijze na, waarbij ook nog eens aan eisen van juridische precisie en een (juist bij mensenrechten belangrijke) goede leesbaarheid moet worden voldaan.[3] Een fundamenteel, maar in de praktijk vaak lastig te realiseren, uitgangspunt is daarbij dat de bepalingen die beperkingen op de uitoefening van mensenrechten mogelijk maken, restrictief moeten worden uitgelegd.[4]

In deze bijdrage zullen wij trachten een beeld te geven van de balans die in het Internationaal Verdrag inzake Burgerrechten en Politieke Rechten (IVBPR) is gevonden. Het Europees Verdrag inzake de Rechten van de Mens (EVRM) is daarbij steeds het referentiekader. Deze methode heeft wellicht het nadeel dat het mondiale IVBPR langs een bij uitstek Europese meetlat wordt gelegd. Dat kan tot onzuivere vergelijkingen leiden: de afweging van mensenrechten en andere belangen kan immers variëren van plaats tot plaats. Daar staat tegenover dat het EVRM van enorm belang is voor de Nederlandse rechtsorde (en, daarmee samenhangend, dat in het *NJCM-Bulletin* ruimschoots aandacht aan dat verdrag wordt besteed) – en ook de uitgebreide Straatsburgse jurisprudentie op het terrein van de beperking van mensenrechten vormt een sterk argument voor zo'n vergelijking. Eerst worden in § 2 enkele beperkingsvormen in wat ruimere zin besproken: de mogelijkheid voorbehouden te maken bij verdragsverplichtingen en grenzen die voortvloeien uit de wijze waarop het IVBPR is geredigeerd. In § 3 richten wij ons op de mogelijkheid die artikel 4 IVBPR biedt om de uitoefening van mensenrechten op te schorten middels het uitroepen van de noodtoe-

3 Zie voor vergelijkingen van verschillende regimes recent H.R.B.M. Kummeling, 'Bescherming en beperking van grondrechten vergeleken', in *Ars Aequi* vol. 43 (speciaal nummer, mei 1994), pp. 360-371, daarvoor E. Orucu, 'The Core of Rights and Freedoms: The Limits of Limits', in T. Campbell e.a. (eds.), *Human Rights: From Rhetoric to Reality* (1986), pp. 37-59, P. Sieghart, *The International Law of Human Rights* (1983), pp. 85-103, E. Myjer, 'International Covenant on Civil and Political Rights en het strafrecht', in *Delikt en Delinkwent* vol. 6 (1976), pp. 338-357 en vergelijkbare teksten van zijn hand in *NJCM-Bulletin* vol. 1, nrs. 1 en 2 (1976).

4 Op het NJCM-lustrum, 16-9-1994, haalde G.J. Schutte een toepasselijk verzuchting van Groen van Prinsterer aan: 'Onbeperkte vrijheid wordt beloofd, en bij de uitkomst is niet vrijheid maar beperking onbeperkt'. Zie over restrictieve interpretatie bv.: Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM), *Klass* arrest van 6-9-1978, Serie A-28, § 42, Chr. Tomuschat, lid van het Mensenrechtencomité, in zijn 'individual opinion' in de zaak *D. Saldías de López v. Uruguay*, Comm. 52/1979, view van 29-7-1981, *Selected Decisions under the Optional Protocol* (hierna aangehaald als *Selected Decisions*), vol. I, p. 92, E.I.A. Daes (Special Rapporteur van de VN-subcie.), *Freedom of the Individual under Law* (United Nations E.89.XIV.5, 1990), p. 132, de 'Siracusa Principles on the Limitation and Derogation Provisions in the International Covenant on Civil and Political Rights', in *Human Rights Quarterly* vol. 7 (1985), p. 4, Adviescommissie Mensenrechten Buitenlands Beleid (ACM), *Vrijheid van Informatie* (1986), p. 26, en J.C.M. Leyten, 'Het geclausuleerde grondrecht', in L. Heyde e.a. (eds.), *Begrensde vrijheid (Scheltens-bundel)* (1989), pp. 146-156.

stand Het zwaartepunt van deze bijdrage ligt in § 4, waarin de aandacht zich richt op min of meer alledaagse beperkingen van enkele rechten, vergelijkbaar met de artikelen 8 tot en met 11 EVRM In de slotparagraaf (§ 5) trachten wij enkele conclusies te trekken

2. 'Inherente' beperkingen van het IVBPR

Wanneer de beperkingssystematiek van het IVBPR in een wat breder kader geplaatst wordt, blijkt dat ook voor dit mensenrechtenverdrag geldt dat de mate waarin het daadwerkelijk bescherming kan bieden afhankelijk is van een groot aantal factoren In deze paragraaf zullen wij kort stilstaan bij de mogelijkheid voorbehouden te maken en bij de beperkingen die inherent zijn aan de redactie van de verdragstekst

2 1 To ratify or not to ratify (or partly to ratify)
Ratificatie van het IVBPR is een voor de hand liggende factor die bepalend is voor de waarborgfunctie van het verdrag Inmiddels hebben zo'n 125 staten het IVBPR geratificeerd,[5] er resteren dus nog zo'n 60 staten, waaronder China en Indonesie, die dat nog niet hebben gedaan en die dan ook niet juridisch kunnen worden aangesproken op de schending van verdragsrechten

Maar ratificatie zegt niet alles Een staat kan immers voorbehouden maken ten aanzien van specifieke verdragsbepalingen Voorbehouden zijn van groot praktisch belang, aangezien zij een verdrag tot een verzameling gezagloze woorden kunnen degraderen [6] Anders dan in het EVRM,[7] is in het IVBPR geen expliciete bepaling opgenomen die het mogelijk maakt voorbehouden te maken Dat betekent dat de algemene regeling van artikel 19 van het Weens Verdragenverdrag van toepassing is [8] Dat artikel laat in essentie toe dat staten voorbehou-

5 Uitgebreider hierover, m n m b t Europa de bijdrage van J Boerefijn in dit *Bulletin*

6 Vgl over de soms zeer vergaande voorbehouden bij het Vrouwenverdrag (CEDAW) L Lijnzaad, 'Voorbehouden bij het Vrouwenverdrag', in *Nemesis* 1988/3, pp 105 111, en M Jacobs, 'Onder voorbehoud', in *Nemesis* 1993/3 pp 81 87

7 Art 64 EVRM Zie m n EHRM, *Belilos* arrest van 29 4 1988, Serie A 132, §§ 38 60, m n J van der Velde in *NJCM Bulletin* 13 5 (1988), pp 464 481 Zie voorts J A Frowein 'Reservations to the European Convention on Human Rights , in F Matscher & H Petzold (eds) *Protecting Human Rights The European Dimension – Studies in honour of G J Wiarda* (1988), pp 193 200 en I Cameron & F Horn Reservations to the European Convention on Human Rights The Belilos Case', in *German Yearbook of International Law* vol 33 (1990) pp 69 129

8 Verdrag van Wenen inzake het Verdragenrecht (Wenen, 23 5 1969), *Trb* 1985, 79 Vgl het rapport van het Comite van Deskundigen van de Raad van Europa, *Problems arising form the co existence of the UN Covenants on Human Rights and the ECHR*, Doc H(70)7 (hierna *Co-existence*), p 12, § 31 Zie over het Franse 'voorbehoud' bij art 27 IVBPR, en de toepasselijkheid van het Verdragenverdag daarop *T K* v *Frankrijk*, Comm *220/1987*, besl van 8 11-1989, *VN Doc* A/45/40, p 122 en de 'individual opinion' van Higgins, p 125 Algemener B Clark, 'The Vienna Convention Reservation Regime and the Convention on Discrimination Against Women', in *American Journal of International Law* vol 85 (1991) pp 281 320

den maken ten tijde van ondertekening, bekrachtiging, aanvaarding of goedkeuring van een verdrag, tenzij het betreffende voorbehoud niet verenigbaar is met het voorwerp en doel van het verdrag. Tegen deze achtergrond zijn talloze voorbehouden en interpretatieve verklaringen ten aanzien van bijna alle belangrijke verdragsbepalingen (en vooral artikelen 10 en 14 IVBPR) neergelegd. Het zou in het bestek van dit artikel te ver gaan uitvoerig hierbij stil te staan, maar een paar gevallen kunnen het belang wel aangeven. Zo heeft India een voorbehoud gemaakt bij artikel 1 IVBPR (het recht op zelfbeschikking), stellende dat deze verdragsbepaling alleen van toepassing is op volkeren onder *buitenlandse* heerschappij en niet op soevereine, onafhankelijke staten. Tegen dit voorbehoud heeft o.a. Frankrijk formeel bezwaar gemaakt. Ook de talrijke voorbehouden die de Verenigde Staten maakten toen zij (overigens pas in 1992) het IVBPR ratificeerden, hebben tot commotie geleid.[9] Maar ook binnen Europa zijn, volgens Nowak[10] weinig fraaie, voorbehouden gemaakt. Zo hebben Oostenrijk, Duitsland, Frankrijk en België verklaard dat zij zich het recht voorbehouden de politieke activiteiten van vreemdelingen te beperken overeenkomstig artikel 16 EVRM.

Nederland heeft, anders dan bij het EVRM, verscheidene voorbehouden gemaakt bij het IVBPR. De voorbehouden leken er in wezen op gericht te voorkomen dat ratificatie van het IVBPR zou leiden tot aanvullende verplichtingen ten opzichte van het EVRM. Zodoende zijn voorbehouden gemaakt ten aanzien van artikel 10, artikel 12 leden 1, 2 en 4, artikel 14 leden 3(d), 5 en 7, artikel 19 lid 2 en artikel 20-1. Het voorbehoud ten aanzien van artikel 10 (bejegening bij vrijheidsberoving), bijvoorbeeld, vloeit voornamelijk voort uit de mening van de regering, dat de verdere ontwikkeling van ideeën inzake de behandeling van gedetineerden niet mag worden afgesneden door de verplichtingen van deze verdragsbepaling. Bij het voorbehoud inzake artikel 20 (verbod van oorlogspropaganda) wordt simpelweg gesteld dat 'The Kingdom of the Netherlands does not accept the obligation set out in this provision'.[11]

2.2 *Beperkingen voortvloeiende uit de verdragstekst*

Om bij het begin te beginnen: sommige rechten vinden geen bescherming in het verdrag door het simpele feit, dat zij niet zijn opgenomen in de verdragstekst. Dit is bijvoorbeeld het geval met het recht op genot van eigendom, dat wel is

9 Zie C. Flinterman & E. Rieter, 'Nederland en de Amerikaanse voorbehouden bij het IVBPR', in *NJCM-Bulletin* 17-8 (1992), pp. 961-970 en 'De Verenigde Staten en het BUPO-Verdrag: de rol van Nederland', in *NJB* 1992, pp. 935-936; D.P. Stewart, 'U.S. Ratification of the Covenant on Civil and Political Rights: The Significance of the Reservations, Understandings and Declarations', in *Human Rights Law Journal* vol. 14 (1993), pp. 77-83.

10 M. Nowak, 'Limitations on Human Rights in a Democratic Society', in *All-European Human Rights Yearbook* vol. 2 (1992), p. 120.

11 Zie de Goedkeuringswet van het IVBPR, TK 1975-1976, 13 932 (R 1037), nr. 3 (hierna: MvT), pp. 30-31, van kritisch commentaar voorzien in *NJCM Bulletin* vol. 1 nr. 3 (1976). De tekst van de Nederlandse voorbehouden is opgenomen in *Schuurman & Jordens* nr. 74-Ib en in de algemene (enigszins verouderde) publikatie van het UN Centre for Human Rights, *Status of International Instruments* (1987).

beschermd in de Universele Verklaring en het Eerste Protocol bij het EVRM, maar niet in het IVBPR [12]

Een potentiele beperking wordt vervolgens gevormd door artikel 5 lid 1 IVBPR Dit equivalent van artikel 17 EVRM verbiedt misbruik van de bepalingen van het verdrag De grondslag ligt in artikel 30 Universele Verklaring, opgesteld in een tijd dat het beginsel 'No freedom for foes of freedom' logisch en onvermijdelijk leek. Uiteraard kan de bepaling ook als excuus voor onderdrukkende regimes dienen, maar volgens Opsahl is het onwaarschijnlijk dat de internationale mensenrechtenverdragen uberhaupt zouden zijn aangenomen zonder een dergelijke verdragsbepaling [13] Artikel 5 IVBPR heeft al eens verhinderd, dat pogingen om een neo-fascistische partij in Italie op te richten bescherming vonden onder het IVBPR.[14] Een vergelijkbare rol kan worden gespeeld door artikel 20, dat een verbod op oorlogspropaganda bevat

Vervolgens moet ook de aandacht worden gevestigd op de positie van vreemdelingen onder het IVBPR Vreemdelingen kunnen worden beperkt in hun recht zich vrijelijk te verplaatsen en hun verblijfplaats vrijelijk te kiezen Het is namelijk aan het 'gastland' om te bepalen of de vreemdeling 'wettig op het grondgebied van een Staat verblijft' (artikel 12 lid 1). Artikel 13 ziet op de uitzetting van vreemdelingen. Politieke rechten in de enge betekenis (het actief en passief kiesrecht en het recht op toegang tot de overheidsdienst) worden in artikel 25 niet zozeer als inherente mensenrechten omschreven, maar eerder als privileges die slechts aan staatsburgers worden verleend.[15] Hier staat tegenover dat een algemenere bevoegdheid om beperkingen aan de politieke activiteiten van vreemdelingen op te leggen (artikel 16 EVRM) in het IVBPR ontbreekt

Naast deze expliciet in het verdrag opgenomen begrenzingen brengt ook de formulering van bepaalde rechten met zich mee dat de geboden bescherming haar beperkingen kent Zo garandeert de tekst van artikel 18 IVBPR niet de vrijheid van godsdienst te veranderen, in tegenstelling tot artikel 9 EVRM Omgekeerd beschermt artikel 19 IVBPR de vrijheid inlichtingen en denkbeelden te garen, een recht dat niet expliciet in artikel 10 EVRM is opgenomen Zo zijn er meer voorbeelden te geven van beperkingen die voortvloeien uit de formulering van het recht In artikel 21 IVBPR wordt gesproken van het recht op *vreedzame* vergadering. Het verbod op dwangarbeid ziet niet op diensten van militaire aard Het recht op leven ziet niet op de doodstraf (zij het dat op minderjarigen en zwangere vrouwen een bijzonder regime van toepassing is; de algehele afschaffing van de doodstraf is geregeld in het Tweede Facultatieve Protocol)

12 Zie Comm 53/1979, *K B* v *Norway*, besl van 14-8-1979, *Selected Decisions* vol I, p 24

13 Zie T Opsahl, 'Articles 29 and 30 – The Other Side of the Coin', in A Eide e a (eds) *The Universal Declaration of Human Rights – A Commentary* (1992), p 467

14 Comm 117/1981, *M A* v *Italy*, besl van 10-4-1984, in *Selected Decisions*, vol II, p 31 Verg Europese Cie , Appl No 8348/78, *Glimmerveen*, besl van 11-10-1979, *DR* 18, p 187, P Van Dijk & G J H Van Hoof, *De Europese Conventie in theorie en praktijk* (derde dr , hierna aangehaald als Van Dijk & Van Hoof), pp 621-622

15 Aldus een kritische Nowak, *supra* noot 10, pp 119-120

Tenslotte bevat ook het IVBPR meerdere vage termen, zoals 'willekeurig' (artikelen 6, 9, 12 en 17), 'zonder onredelijke vertraging' (artikel 14 lid 3 sub c), 'wrede, onmenselijke of vernederende behandeling of bestraffing' (artikel 7) en 'gezin' (artikel 23). De daadwerkelijke reikwijdte van deze bepalingen is afhankelijk van de invulling in de jurisprudentie.

Deze schets geeft wel aan, dat men de grenzen van het IVBPR niet alleen moet zoeken in de bekende, alledaagse beperkingsclausules. Bij één bijzonder beperkingsmechanisme zal nu wat uitvoeriger worden stilgestaan: de mogelijkheid van artikel 4 IVBPR om de uitoefening van mensenrechten op te schorten in geval van een noodtoestand.

3. De noodtoestand

Het uitroepen van de noodtoestand kan een dermate grote beperking van mensenrechten met zich meebrengen, dat afzonderlijke aandacht voor dit verschijnsel op zijn plaats is. Zowel het IVBPR als het EVRM heeft expliciet voorzien in de mogelijkheid bepaalde rechten op te schorten tijdens een noodtoestand. Een belangrijke reden hiervoor ligt paradoxaal genoeg op het gebied van de rechtsbescherming: indien hierin niet was voorzien, zouden staten in een noodsituatie wellicht geneigd zijn zich aan het geheel van hun verdragsverplichtingen te onttrekken. Door op noodsituaties te anticiperen, was men in elk geval in staat een min of meer gedetailleerde regeling op te stellen en een aantal 'notstandsfeste' rechten aan te wijzen.

De bescherming die het toepasselijke artikel 4 IVBPR biedt, gaat op enkele punten verder dan artikel 15 EVRM. We behandelen achtereenvolgens de situaties waarin een noodtoestand kan worden uitgeroepen, de vraag hoever maatregelen mogen gaan, de verzameling van rechten die onder geen omstandigheid mogen worden opgeschort, en de procedurele kant van een opschorting.

Wanneer kan een noodtoestand worden uitgeroepen? Artikel 15 EVRM stelt dat maatregelen genomen kunnen worden 'in tijd van oorlog of in geval van enig andere algemene noodtoestand, die het bestaan van het land bedreigt'. Artikel 4 IVBPR spreekt van 'een algemene noodtoestand, die een bedreiging vormt voor het bestaan van het volk[16] en die officieel is afgekondigd'. Het eerste verschil dat opvalt is dat de mogelijkheid van *oorlog* in het IVBPR buiten beschouwing is gelaten. Al te veel betekenis moet hier echter niet aan worden toegekend. Een beetje oorlog zal immers per definitie een 'algemene noodtoestand' opleveren. Reden voor de omissie in het IVBPR is het algemene, symbolische gebruik van

16 De term *'volk'* in de officiele Nederlandse vertaling mag dubieus genoemd worden, gezien de authentieke Engelse en Franse versies ('the life of the nation' resp. 'la vie de la nation'). Het gaat hier om duidelijk verschillende begrippen. In West-Europa, waar staat, volk en natie nog wel eens willen samenvallen, zal de term 'volk' wellicht geen probleem opleveren, daar buiten ligt dat duidelijk anders. Overigens verwees ook de oude vertaling van het EVRM naar 'volk' (zie *Trb* 1951, 154). De nieuwe term 'land' is evenmin eenduidig (in elk geval vager dan 'staat'), maar spoort wel met 'het voortbestaan van het land' in art. 30 ESH.

de VN, de mogelijkheid van oorlog niet te noemen Een tweede, belangrijker, verschil betreft de door het IVBPR vereiste officiele afkondiging van de noodtoestand Het EVRM stelt die eis niet Deze omissie is op zijn zachtst gezegd merkwaardig, en uit oogpunt van rechtszekerheid en rechtsbescherming moeilijk te rechtvaardigen Het vereiste van een formele proclamatie is overigens wel weer bevestigd in het slotdocument van een CVSE-bijeenkomst in Moskou [17] In hetzelfde – niet-bindende – document werd eveneens bepaald dat een noodtoestand ook conform de toepasselijke wettelijke procedures dient te worden afgekondigd [18]

Indien aan de hierboven genoemde voorwaarden is voldaan, kan een staat 'maatregelen nemen die afwijken van hun verplichtingen ingevolge dit Verdrag, mits deze maatregelen niet verder gaan dan de toestand vereist en niet in strijd zijn met andere verplichtingen welke voortvloeien uit het internationale recht' (artikel 4 IVBPR) Artikel 15 EVRM is vrijwel gelijkluidend, al stelt de bepaling dat maatregelen 'strikt vereist' moeten zijn De 'andere verplichtingen welke voortvloeien uit het internationale recht' worden meestal opgevat als een verwijzing naar het humanitaire recht In de praktijk speelt dit vereiste geen rol van betekenis, maar in § 5 zullen wij hier nog op terugkomen Meer aandacht gaat uit naar de afweging die moet plaatsvinden tussen de ernst van de situatie en de mate waarin maatregelen inbreuk maken op de mensenrechten De precieze inhoud van deze test en de maatstaven die daarbij worden aangelegd, zijn voor een nadere invulling afhankelijk van de jurisprudentie De ruimte ontbreekt om hier uitgebreid op in te gaan [19] Grote verschillen lijken zich tussen het Mensenrechtencomité en de Straatsburgse organen niet voor te doen, maar de zaken waarmee zij zijn geconfronteerd laten zich moeilijk vergelijken

Tot slot bevat artikel 4 IVBPR een expliciet verbod om discriminatoire maatregelen te nemen in het kader van de noodtoestand Dit ontbreekt in het EVRM, maar volgens Van Dijk en Van Hoof wordt dat gecompenseerd doordat de alge-

17 Derde bijeenkomst in het kader van de Menselijke Dimensie van de CVSE, Moskou, oktober 1991, § 28 3, opgenomen in *NJCM Bulletin* 17 2 (1992), p 204 Maar zie noot 97 *infra*

18 *Ibidem*, § 28 2 Tijdens de behandeling van het IVBPR ontwerp had Mexico een amendement van die strekking ingediend (*GAOR*, 18th session, A/C 3/SR 1261 (1963), p 255) De eis van officiele proclamatie zou te weinig garanties tegen misbruik bieden aangezien 'everything done by the public authorities was done offic*ially*, even *if done at the behest of a tyrannical government* which had usurped power' Volgens het voorstel moest de wijze van proclamatie getoetst worden aan de daarvoor geldende nationale (meestal constitutioneel vastgelegde) procedure Het Mexicaanse voorstel werd uiteindelijk ingetrokken toen bleek dat andere afgevaardigden het er over eens waren dat de noodtoestand legaal behoort te worden afgekondigd, maar meenden dat de beoordeling van de gebeurtenissen voorbehouden diende te blijven aan de nationale organen (rechter, parlement) Waarbij men er gemakshalve maar van uitging dat deze nog tot een onafhankelijk oordeel in staat zullen zijn

19 Zie, naar aanleiding van het arrest *Brannigan & McBride, infra* noot 97 J P Loof, 'Brogan en de staatsnood van artikel 15 EVRM, of hoe het Europese Hof Noord-Ierland een noodtoestand bezorgde', in *NJCM Bulletin* 18 7 (1993), pp 793 810

mene non-discriminatie bepaling van artikel 14 EVRM ook van toepassing is op de opschorting van grondrechten [20]

Zelfs als aan alle hier opgesomde voorwaarden is voldaan, mag een staat niet *alle* rechten opschorten De catalogus van zogenaamde 'notstandsfeste' rechten van artikel 4 lid 2 IVBPR is langer dan die van artikel 15 lid 2 EVRM Beide verdragen bepalen dat onder geen enkele omstandigheid afwijking is toegestaan van het recht op leven, het verbod op foltering en wrede of onmenselijke behandeling of bestraffing, het verbod op slavernij, en het legaliteitsbeginsel Het IVBPR voegt daar nog vier rechten aan toe het verbod om onvrijwillig aan medische experimenten te worden onderworpen (artikel 7 IVBPR), het verbod op gevangenneming wegens schulden (artikel 11), het recht als persoon te worden erkend voor de wet (artikel 16) en tot slot de vrijheid van denken, geweten en godsdienst (artikel 18) De eerlijkheid gebiedt de vraag te stellen of deze uitbreiding een grote vooruitgang is Het lijkt bijvoorbeeld niet erg waarschijnlijk dat een staat de behoefte zal voelen het recht op te schorten als persoon voor de wet te worden erkend – en als dat al het geval is, lijkt dat voornemen op de algemene noodzakelijkheidseis te sneuvelen Daarnaast is het (ook buiten een noodtoestand) mogelijk beperkingen op te leggen aan bijvoorbeeld de godsdienstbeleving (artikel 18 lid 3 IVBPR)

Tot slot de procedurele kant van de opschorting Zowel het IVBPR als het EVRM bevat de verplichting om het instellen van de noodtoestand (en bij het EVRM ook de daaronder genomen maatregelen) aan te melden Onder het IVBPR worden de overige verdragsstaten op de hoogte gesteld door tussenkomst van de Secretaris-Generaal van de VN Artikel 15 EVRM daarentegen noemt de andere verdragspartijen niet, en laat het bij het rapporteren aan de Secretaris-Generaal van de Raad van Europa [21] Deze lacune is in de praktijk opgevangen Op grond van Resolutie (56)16 van het Comité van Ministers dient de Secretaris-Generaal de ontvangen informatie zo snel mogelijk door te geven aan de Europese Commissie en de overige verdragspartijen

In de zaak *Lawless* besliste het Hof dat er geen bijzondere vormvereisten bestaan [22] Wel moet de kennisgeving toereikend zijn om de andere partijen in staat te stellen de situatie te beoordelen, zoals ook volgt uit de woorden ' moet de Secretaris-Generaal *volledig* op de hoogte houden' Uit deze woorden ('op de hoogte houden', artikel 4 IVBPR gebruikt de woorden 'in kennis stellen') zou naar onze mening afgeleid moeten worden, dat de staat een continue (of in elk geval periodieke) rapportage-verplichting heeft Daarbij zouden vooral de con-

20 Van Dijk & Van Hoof, p 616 Hiertegen kan worden ingebracht dat een staat natuurlijk ook zijn verplichtingen onder art 14 EVRM zou kunnen opschorten Art 4 IVBPR sluit die mogelijkheid ondubbelzinnig uit

21 Daarentegen bepaalt art 30 lid 3 ESH dat de Secretaris Generaal onder dat regime juist wél de overige staten van opschortingen op de hoogte dient te stellen – alsmede de Directeur Generaal van de ILO

22 Europees Hof voor de Rechten van de Mens, *Lawless* arrest van 1 7 1961, Serie A-3, § 45 In de *Greek case* (*Yearbook* vol 12, pp 42 43) meende de Commissie dat Griekenland niet aan zijn verplichtingen had voldaan, door te weigeren diverse documenten te overleggen

crete gevolgen van de noodmaatregelen aangegeven moeten worden, bijvoorbeeld hoeveel personen gedetineerd zijn, welke publikaties gecensureerd zijn In de praktijk blijken staten die informatie niet te verstrekken, de Secretaris-Generaal legt zich daar helaas bij neer Het Mensenrechtencomité stelt zich actiever op het Comité heeft recent aan verschillende staten, juist naar aanleiding van het instellen van een noodtoestand, om een ad hoc-rapport op basis van artikel 40 IVBPR gevraagd waarin speciale aandacht moest worden besteed aan de bescherming van enkele 'kernrechten' (met name de artikelen 6, 7 en 10) Met betrekking tot de termijn, tot slot, waarbinnen de kennisgeving moet plaatsvinden, bestaan eveneens verschillen Het IVBPR vereist 'onverwijld' informatie, terwijl het EVRM *in het geheel geen termijn noemt* [23]

Het niet voldoen aan deze vormvereisten kan tot gevolg hebben, dat een beroep van de staat op de noodtoestand niet wordt gehonoreerd – een regel overigens die niet stoelt op de verdragsbepalingen, maar zich in de jurisprudentie heeft ontwikkeld [24]

Samenvattend blijkt dat het IVBPR op enkele punten meer eisen stelt aan het uitroepen van de noodtoestand en het opschorten van mensenrechten de noodtoestand moet officieel zijn afgekondigd, maatregelen mogen niet discrimineren, een viertal rechten geniet onder het IVBPR een 'notstandsfeste' status, notificatie van de noodtoestand dient onverwijld plaats te vinden Op het belang van deze constatering komen wij in § 5 terug

4. De 'reguliere' beperkingen van mensenrechten

Verschillende verdragsbepalingen voorzien in min of meer alledaagse beperkingen van mensenrechten Het gaat dan om rechten als de vrijheid van meningsuiting, het recht op respect voor het priveleven en het recht zich vrijelijk te bewegen op het territoir van een staat Het is eenvoudig in te zien dat de uitoefening van deze rechten (anders dan de effectuering van bijvoorbeeld het verbod van foltering of slavernij) tot maatschappelijk ongewenste of zelfs onaanvaardbare situaties

23 In de *Lawless* zaak (*ibidem*, § 47) constateerde het Hof wel met tevredenheid dat Ierland de noodtoestand binnen 12 dagen had aangemeld 'the notification was therefore made without delay' Zie, m b t het IVBPR *general comment* 5/13 (art 4) in *VN Doc* A/36/40, p 111

24 Zie bv het Mensenrechtencomite in de zaak *J Landinelli Silva* v *Uruguay*, Comm 34/1978, view van 8 4 1981, waarin Uruguay het ontnemen van de politieke rechten van enkele onderdanen tevergeefs trachtte te rechtvaardigen met een beroep op een niet eerder aangemelde noodtoestand (*Selected Decisions* vol I, p 66) Maar zie R Higgins, Derogations under Human Rights Treaties', in *British Yearbook of International Law* vol 48 (1976/77), p 291 en J F Hartman, 'Derogation from Human Rights Treaties in Public Emergencies', in *Harvard International Law Journal* vol 22 (1981), p 22

kan leiden. In een aantal artikelen[25] is dan ook uitdrukkelijk de mogelijkheid gecreeerd om de in die bepalingen omschreven rechten te beperken. Deze bepalingen moeten worden onderscheiden van de hierboven in § 2 beschreven grenzen. Daar stelde *het IVBPR zelf* een beperkte reikwijdte van het recht *als zodanig* vast, in de hier besproken bepalingen wordt *de staat* de *mogelijkheid* geboden op nationaal niveau tot beperkingen over te gaan. En anders dan de per definitie tijdelijke noodtoestand die in § 3 is beschreven, kunnen de hier bedoelde beperkingen een permanent karakter hebben. In deze paragraaf zullen wij trachten na te gaan aan de hand van welke criteria kan worden vastgesteld of een beperking van deze rechten in overeenstemming met het IVBPR is.

4.1 Vergelijkingskader: het EVRM

Het ligt voor de hand eerst kort stil te staan bij de verwante regeling in het EVRM. De desbetreffende verdragsbepalingen, de artikelen 8 tot en met 11 en artikel 2 lid 3 van het Vierde Protocol, omschrijven in het eerste lid een bepaald recht, om vervolgens in het tweede lid specifiek aan te geven onder welke omstandigheden van dat recht kan worden afgeweken. Drie beperkingsvoorwaarden (te weten 'bij de wet voorzien', 'in een democratische samenleving noodzakelijk' en 'in het belang van ...') keren steeds weer terug. Bij een bespreking hiervan lopen wij via het bekende 'stappenschema'[26] de vragen na die Straatsburgse organen zich stellen bij de beoordeling van concrete situaties.

Is eenmaal vastgesteld, dat sprake is van een inmenging ('interference') in de uitoefening van het in lid 1 omschreven recht, dan wordt eerst bekeken of in de concrete casus voldaan is aan het vereiste van 'bij de wet voorzien'. De (authentieke) Engelse versie van het verdrag gebruikt in dit verband verschillende termen: 'prescribed by law' en 'in accordance with the law'. In § 4.3 zal blijken dat een vergelijkbare variatie ook in het IVBPR voorkomt. Voor wat betreft het EVRM heeft het Hof echter geoordeeld dat er geen inhoudelijk verschil bestaat.[27] Bij de beoordeling van de wettelijke basis van beperkingen kunnen drie elementen worden onderscheiden: 'basis in domestic law', 'accessibility/foreseeability' en 'the rule of law'. Ieder van deze drie elementen zal kort worden besproken.

Aan het vereiste 'basis in domestic law' is voldaan als de beperkende maatregel berust op een rechtsvoorschrift, dat afkomstig is van een – krachtens attributie of delegatie – tot wetgeving bevoegde nationale instelling. Hieronder kan

25 Het gaat in het IVBPR om art. 12 (bewegingsvrijheid), art. 17 (privacy), art. 18 (vrijheid van denken, geweten en godsdienst), art. 19 (vrijheid van meningsuiting), art. 21 (recht van vergadering), art. 22 (vrijheid van [vak]vereniging) en art. 25 (kiesrecht). Wij zullen hier niet ingaan op de reikwijdte van de artt. 23, 26 en 27, zie daarvoor de bijdragen aan dit *Bulletin* van C. Forder, A.W. Heringa, R. Martha, L. Mulder en A. Woltjer.

26 Zie Th.L. Bellekom, 'Het Hof voor de Rechten van de Mens en de beperkingsclausules van het EVRM', in: *40 Jaar EVRM* (Special *NJCM Bulletin* 1990), pp. 68-70 en recent ook E. Myjer, 'De getergde rechter en het advocatenkantoor', in: *NJCM Bulletin* 18-3 (1993), pp. 322-329.

27 EHRM, *Silver e.a.* arrest van 25.3.1983, Serie A 61, pp. 32-33. Iets genuanceerder: Bellekom, *supra* noot 26, p. 73.

ook een geregelde bestuurlijke praktijk ('settled practice') vallen, evenals internationale regelgeving indien het nationale recht daar naar verwijst [28] Tenslotte kan ook jurisprudentie 'law' zijn, een andere beslissing 'would have struck at the very roots of the United Kingdom's legal system' [29] Ook in de context van een continentaal rechtsstelsel kan jurisprudentie in beginsel een voldoende wettelijke basis voor een beperking vormen [30] De aanvaarding van jurisprudentie als rechtsbasis voor een beperking bracht het Hof er wel toe twee nadere eisen te expliciteren, te weten 'accessibility' en 'foreseeability' De nationale rechtsbron dient voor justitiabelen algemeen toegankelijk ('accessible') te zijn Nauw daarmee verbonden is het vereiste dat het recht voldoende duidelijk is, de zogenaamde 'foreseeability' [31]

In latere zaken is het Hof meer inhoudelijke eisen gaan stellen aan de wet waarop de beperking is gebaseerd Met betrekking tot artikel 8 lid 2 heeft het Hof het criterium 'foreseeability' meer algemeen geformuleerd door toevoeging van een 'rule of law'-element [32] Hierdoor wordt een garantie tegen willekeur ingebouwd in de toets van het Hof Zo kwam het Hof in de *Kruslin*-zaak tot het oordeel dat de Franse regeling met betrekking tot telefoon-taps onvoldoende waarborgen bood tegen misbruik van discretionaire bevoegdheden, derhalve was er geen voldoende wettelijke basis voor de inbreuk op de privacy [33]

Is vastgesteld dat een beperking voldoet aan het vereiste 'bij de wet voorzien', dan bekijkt men vervolgens of de beperking een legitiem doel ('legitimate aim') heeft Het betreft hier de bescherming van expliciet opgesomde rechtsbelangen zoals de bescherming van de veiligheid van het land, het voorkomen van wanordelijkheden en strafbare feiten, de bescherming van de goede zeden etcetera Het is wel beweerd, dat het eigenlijk slechts concretiseringen betreft van de verdediging van het publieke belang,[34] daar staat tegenover dat de afzonderlijke beperkingsgronden een veel preciezer afbakening vormen Dat zij vrij vaag zijn geformuleerd, levert doorgaans geen interpretatieproblemen op [35] De beperkingsgronden hebben uberhaupt weinig afzonderlijke aandacht gekregen in de

28 Zie EHRM, resp *Malone* arrest van 2-8 1984, Serie A 82, § 69 en *Groppera Radio AG* arrest van 28 3-1990 Serie A 173, § 68

29 EHRM, *Sunday Times* arrest van 26 4 1979, Serie A-30, § 47

30 EHRM, *Kruslin* en *Huvig*, arresten van 24 april 1990, Serie A 176-A §§ 28 29 resp No 176 B, §§ 27 28

31 *Sunday Times, supra* noot 29, § 49

32 *Malone, supra* noot 28, § 79 ' "in accordance with the law" does not merely refer back to domestic law but also relates to the quality of law requiring it to be compatible with the rule of law'

33 *Kruslin, supra* noot 30, §§ 30 36

34 Zie U Hoffmann Remy, *Die Moglichkeiten der Grundrechtseinschrankung nach den Art 8 11 Abs 2 der EMRK* (1976), p 32, verwijzend naar R Herzog, *Grundrechtsbeschrankungen nach dem Grundgesetz und EMRK* (diss 1958), pp 196 197

35 Aldus L G Loucaides, 'Restrictions or limitations on the Rights Guaranteed by the European Convention on Human Rights' in *Finnish Yearbook of International Law* Vol IV (1993), p 347

jurisprudentie. Hun omlijning vindt voornamelijk plaats in relatie tot de volgende stap in het stappenschema, namelijk het vereiste 'noodzakelijk in een democratische samenleving'.

Juist dit begrip is nader ingevuld in de Straatsburgse jurisprudentie. Een 'democratische samenleving' wordt gekenmerkt door de begrippen 'pluralism, tolerance and broadmindedness'.[36] En het woord 'noodzakelijk' impliceert 'that, to be compatible with the Convention, the interference must, *inter alia*, correspond to a "pressing social need" and be "proportionate to the legitimate aim pursued"', aldus het Hof.[37] Met betrekking tot het eerste deelvereiste komt de nationale autoriteiten een zekere beoordelingsvrijheid ('margin of appreciation') toe, maar deze vrijheid gaat hand in hand met Europese supervisie.[38] De mate van indringendheid van de toets kan variëren: het Hof laat veel ruimte als de nationale veiligheid of de bescherming van de publieke moraal in het geding is, en is strikt als het gaat om beperkingen van vrijheid van meningsuiting, zeker indien de zaak betrekking heeft op politieke activiteiten en het een beperking van de pers aangaat.[39] Ook bij zaken, waar het gaat om positieve verplichtingen van de staat en sociaal-economisch beleid is de 'margin of appreciation' groot en wordt een 'not unreasonable'-toets gebruikt door de Straatsburgse organen.[40] Het tweede deelvereiste (te weten proportionaliteit tussen de zwaarte van de inbreuk en het gewicht van het beschermen van de beperkingsgronden) lijkt als een soort vangnet te functioneren. Indien men een zaak niet naar tevredenheid kan oplossen aan de hand van bovenstaande vereisten grijpt het Hof de proportionaliteit aan om een wenselijke beslissing te kunnen geven.

4.2 Beperking van rechten in het IVBPR: vooruitblik

Tegen deze achtergrond zullen we de aandacht nu richten op de systematiek van het IVBPR. De indeling van het EVRM volgend, kijken we eerst naar het vereiste dat iedere inbreuk op een recht een wettelijke basis heeft (§ 4.3), vervolgens naar de legitieme doeleinden van een beperking (§ 4.4) en uiteindelijk naar het noodzakelijkheidscriterium (§ 4.5). Omdat artikel 25, dat voorziet in enkele politieke rechten, een geheel eigen structuur heeft, besteden we afzonderlijk aandacht aan deze bepaling in § 4.6. In grote lijnen vergelijken we eerst de tekst van het

36 EHRM, *Handyside* arrest van 7-12 1976, Serie A 24, § 49.

37 *Silver*, *supra* noot 27, pp. 37 38.

38 *Handyside*, *supra* noot 36, p. 23, zie J.G.C. Schokkenbroek, 'De Margin of Appreciation Doctrine in de jurisprudentie van het Europese Hof', in *40 Jaar EVRM*, *supra* noot 26, pp. 41 58 en, recenter, R.St.J. MacDonald, 'The Margin of Appreciation', in MacDonald, Matscher & Petzold (eds.), *The European System for the Protection of Human Rights* (1993), pp. 83 124.

39 Verg. EHRM, *Leander* arrest van 26 3 1987, Serie A-116, § 67 (nationale veiligheid), *Dudgeon* arrest van 22 10 1981, Serie A 45, § 52 (moraal), en *Lingens* arrest van 8 7 1986, Serie A-103, §§ 39 42 (persvrijheid, cf. J. van der Velde in *NJCM Bulletin* 18 4 (1993), pp. 418-435).

40 Verg. EHRM, *James* arrest van 21 2 1986, Serie A 98, § 46, en *Rees* arrest van 17-10-1986, Serie A 106, § 37.

IVBPR met het EVRM, en beschrijven we daarna de opvattingen in de literatuur en de praktijk van het Mensenrechtencomité.

Op voorhand kan worden vastgesteld dat het Comité zich in het algemeen wel bewust is van het gevaar dat beperkingsgronden te wijd worden uitgelegd. In zijn *'general comment'* over artikel 19 (de vrijheid van meningsuiting) benadrukte het Comité dat 'when a State imposes certain restrictions on the exercise of freedom of expression, these may not put in jeopardy the right itself'.[41] In het recente *'general comment'* over de vrijheid van godsdienst herhaalde het Comité dit uitgangspunt en voegde het er aan toe dat de betreffende beperkingsclausule restrictief moet worden geïnterpreteerd.[42] Zoals uit het navolgende overzicht zal blijken is het Comité echter nog niet veel verder gekomen in de concretisering van dit uitgangspunt. Waar de Straatsburgse uitspraken maar al te vaak worden beheerst door de vraag in hoeverre beperkingen gerechtvaardigd zijn, komen dergelijke beschouwingen in de jurisprudentie van het Comité nauwelijks voor. Een eerste – treurige – oorzaak is dat het overgrote deel van deze jurisprudentie is gewijd aan rechten die helemaal niet beperkt (hadden) mogen worden, zoals het verbod op foltering. Een tweede factor is dat het Comité de reikwijdte van bepaalde rechten vrij nauw interpreteert. Bepaalde gedragingen vallen naar het oordeel van het Comité niet onder de uitoefening van de verdragsrechten; of overheidsoptreden tegen die gedragingen dan gerechtvaardigd kan worden onder de beperkingsclausules van de ingeroepen verdragsartikelen komt vanzelfsprekend niet meer aan de orde.[43] En in de spaarzame gevallen dat het wèl tot een afweging komt, valt op dat het Comité zijn uitspraken slechts zelden expliciet onderbouwt. In de zaak *Singh Bhinder* klaagde een monteur over de verplichting een veiligheidshelm te dragen. Dit zou in strijd komen met zijn religie die hem, als Sikh, voorschreef slechts een tulband te dragen. Het Comité wees de klacht af met een opmerkelijk summiere redengeving: 'If the requirement that a hard hat be worn is regarded as raising issues under article 18, then it is a limitation that is justified by reference to the grounds laid down in article 18, paragraph

41 *'General comment'* 10(19) (art 19), *VN Doc* A/38/40, p 109 Terecht merkt McGoldrick op dat het Comité hier over een extreme situatie spreekt, het spreekt zich niet uit over criteria bij subtieler afwegingen (D McGoldrick, *The Human Rights Committee -- Its Role in the Development of the ICCPR* (1991), p 464)

42 *'General comment'* 22(48) (art 18), juli 1993, afgedrukt in *NJCM-Bulletin* 19-1 (1994), p 67

43 Zie bv *J P* v *Canada*, Comm 446/1991, besl van 7-11-1991, *VN Doc* A/47/40, p 434 'Although art 18 of the Covenant certainly protects the right to hold, express and disseminate opinions and convictions, including conscientious objection to military activities and expenditures, the refusal to pay taxes on grounds of conscientious objection clearly falls outside the scope of protection of this article' Verg ook de talrijke zaken waarin Bretonnen zich tevergeefs op de vrijheid van meningsuiting (art 19 IVBPR) beriepen nadat zij verkeersborden in de Franse taal onleesbaar hadden gemaakt, bv *S G* v *France*, Comm 347/1988, besl van 1-11-1991, *VNDoc* A/47/40, p 356 ('the defacing of road signs does not raise issues under Article 19') en zie de jurisprudentie t a v gewetensbezwaarden tegen militaire dienst, *L T K* v *Finland*, Comm 185/1984, besl van 9-7-1985, *Selected Decisions* vol. II, p 61.

3'.[44] Niet duidelijk is of dergelijke passages het gevolg zijn van inhoudelijke meningsverschillen in het Comité of van een geheel eigen kijk op de motiveringsplicht van rechtsprekende organen. Wel duidelijk is dat deze bondigheid niet bijdraagt aan een snelle inhoudelijke ontwikkeling van de jurisprudentie.[45]

4.3 De vereiste wettelijke basis van de beperking

Evenals het EVRM in zijn verwante bepalingen, vereist het IVBPR dat iedere inbreuk op een fundamenteel recht een wettelijke basis heeft. En evenals in het EVRM verschilt de gehanteerde terminologie per bepaling enigszins: de vrijheid van godsdienst of levensovertuiging kan slechts in die mate worden beperkt 'als wordt voorgeschreven door de wet' (artikel 18); de vrijheid van meningsuiting kan aan beperkingen worden gebonden 'die bij de wet worden voorzien' (artikel 19); beperkingen van het recht van vreedzame vergadering moeten 'in overeenstemming met de wet' worden opgelegd (artikel 21) etcetera. Dit roept de vraag op hoe moet worden geoordeeld over het verschil in de gekozen formuleringen.[46] Een andere kwestie is de invulling die onder het IVBPR is gegeven aan het begrip 'wet'.

Allereerst de verschillende formuleringen. Mogen we aannemen dat hierin 'geen enkele betekenis' is gelegen, zoals bij het EVRM?[47] De literatuur is, op grotendeels theoretische gronden, enigszins verdeeld.[48] In elk geval geeft de jurisprudentie van het Comité vooralsnog geen aanwijzingen dat het IVBPR wezenlijk afwijkt van het EVRM.

Die constatering gaat echter in eerste instantie niet op voor de formulering van het recht op privacy (artikel 17 IVBPR). Een voorstel van onder andere Ne-

44. *K. Singh Bhinder* v. *Canada*, Comm. 208/1986, view van 9-11-1989, *VN Doc.* A/45/40, p. 54; zie over deze zaak ook de bijdrage van A. Woltjer in dit *Bulletin*.

45. Positiever: A.H. Robertson & J.G. Merrills, *Human Rights in the World* (derde dr., 1989), pp. 66-69.

46. Walkate geeft een wat laconieke verklaring: 'de specifieke beperkingsgronden (...) wijken op onderdelen in formulering van elkaar af. Dit laatste is het gevolg van het feit dat zij in de langdurige periode van de totstandkoming van het Verdrag op verschillende momenten zijn geredigeerd. Ofschoon men zich wel bewust is geweest van die verschillen en de noodzaak de teksten op elkaar af te stemmen, is het daar nooit van gekomen. Het internationale wetgevingsproces is nu eenmaal in dit opzicht niet volmaakt' (J.A. Walkate, 'Het Internationaal Verdrag inzake Burgerlijke en Politieke Rechten', in: P. van Dijk e.a., *Rechten van de Mens in Mundiaal en Europees perspectief* (vierde herz. dr., 1991), p. 92).

47. Aldus, over het EVRM, Van Dijk & Van Hoof, p. 637; verg. § 4.1.

48. Enerzijds meent Kiss dat er geen wezenlijke verschillen zijn: 'In every case the objective is to avoid arbitrary restrictions on rights by requiring that the limitation be established by general rule' (C.A. Kiss, 'Permissible limitations on rights', in: L. Henkin (ed.), *The International Bill of Rights* (1981), p. 304); in gelijke zin ook de MvT, p. 15; anderzijds onderschrijft Nowak dit voor de meeste bepalingen maar meent hij dat de in artt. 13 en 21 opgenomen clausule 'overeenkomstig de wet' minder strikt zou zijn (M. Nowak, *UN Covenant on Civil and Political Rights – CCPR Commentary* (hierna: *CCPR Commentary*) (1993), p. 208). Dit onderscheid hangt wrs. samen met zijn zeer strikte interpretatie van het begrip 'wet' in de overige IVBPR-bepalingen – zie noot 55 *infra*.

derland om ook aan deze bepaling een beperkingsclausule in haar gebruikelijke vorm toe te voegen haalde het niet,[49] zodat artikel 17 nu als volgt luidt

> 1 Niemand mag worden onderworpen aan *willekeurige of onwettige* inmenging in zijn prive leven, zijn gezinsleven zijn huis en zijn briefwisseling, noch aan *onwettige* aantasting van zijn eer en goede naam
> 2 Een ieder heeft recht op *bescherming door de wet* tegen zodanige inmenging of aantasting

Een opsomming van beperkingsgronden ontbreekt dus, wij komen daar in § 4 4 op terug Op het punt van de vereiste wettelijke basis voor het beperken van het recht op privacy zijn de verschillen met de andere rechten (en met artikel 8 EVRM) minder groot dan ze op het eerste gezicht lijken Het ligt immers voor de hand het eerste lid zo te lezen dat noch willekeurige, noch onwettige inbreuken op de privacy zijn toegestaan Dit impliceert dat ook het recht op privacy slechts kan worden beperkt indien en voor zover dat bij wet is voorzien, daarenboven mogen de autoriteiten hun bevoegdheden niet willekeurig uitoefenen [50] Dit 'extra' verbod van willekeur strekt zich overigens, getuige de tekst van artikel 17, niet uit tot het recht op respect voor eer en goede naam Tot slot valt op dat artikel 17 lid 2 positieve verplichtingen voor de staat in het leven roept Onder het EVRM is het de jurisprudentie van Commissie en Hof geweest die de positieve verplichting heeft geintroduceerd om de privacy wettelijk te beschermen [51]

Welke betekenis moet in het kader van het IVBPR aan het begrip 'wet' worden toegekend? Kiss heeft betoogd dat het vereiste van een wettelijke basis voornamelijk formeel van aard is, inhoudelijke eisen worden zijns inziens aan de wet niet gesteld Hij zag slechts een ondergrens in artikel 5 lid 1 IVBPR geen wet mag ten doel hebben de rechten en vrijheden te vernietigen [52] Inmiddels is het Mensenrechtencomite verder gegaan In zijn *'general comment'* over artikel 17 stelde het 'Interferences authorized by States can only take place on the basis of law, which itself must comply with the provisions, aims and objectives of the Covenant' [53]

49 Zie M J Bossuyt, *Guide to the Travaux Preparatoires of the International Covenant on Civil and Political Rights* (1987), pp 346 347

50 In deze zin al het Comite in de *Mauritian Women* zaak, Comm 35/1978, view van 9 4 1981, *Selected Decisions* vol I, p 70 en later ook *general comment* 16(32) (artikel 17), *VN Doc* A/43/40, p 181 § 4

51 Zie m n EHRM, *X & Y* v *Nederland*, arrest van 26 maart 1985 Serie A 91 § 27

52 Kiss, *supra* noot 48, p 305 Zie ook art 12 (het recht zich vrijelijk te verplaatsen) volgens lid 3 dienen beperkingen 'verenigbaar te zijn met andere in dit Verdrag erkende rechten', cf Nowak, *CCPR Commentary* p 210

53 *General comment* 16(32) *supra* noot 50, p 181 § 3 In gelijke zin *Siracusa Principles supra* noot 4 p 5

Vereist het IVBPR vervolgens dat beperkingen worden gebaseerd op een wet *in formele zin*? De meeste auteurs zoeken aansluiting bij de praktijk onder het EVRM.[54] Nowak stelt met zekerheid:

> Therefore, as in the European Convention on Human Rights and the American Convention on Human Rights, the term 'law' ('loi') is to be understood in the strict sense of a general-abstract parliamentary act or an equivalent unwritten norm of common law, which must be *accessible* to all those subject to the law Mere administrative provisions are insufficient.[55]

Dit strikte standpunt lijkt geen steun te vinden in de in § 4.1 weergegeven Straatsburgse jurisprudentie. Aanzienlijk ruimer, maar niet onjuist, lijkt de opvatting van de Nederlandse regering dat onder de notie 'wet' 'alle voorschriften van algemene strekking, waaronder begrepen die van lagere regelgevende organen' dient te worden verstaan.[56]

Het Mensenrechtencomité stelde, zoals we hebben gezien, in zijn *'general comment'* over artikel 17 tamelijk hoge eisen aan de wettelijke basis van beperkingen. Het voegde daar aan toe dat nationale wetgeving 'must specify in detail the precise circumstances in which such interferences may be permitted'.[57] Juist omdat de tekst van artikel 17 zo vaag is, is dit een opmerkelijk strikte invulling.

In het verlengde van deze benadering past de zaak *Pinkney* v. *Canada*, waarin het Comité de eis formuleerde – die bekend is uit de Straatsburgse jurisprudentie – dat de wet voldoende bescherming moet bieden tegen willekeur. Pinkney klaagde erover dat hij tijdens zijn detentie niet had kunnen corresponderen met de buitenwereld. De toen vigerende regels bepaalden dat alle post (correspondentie met advocaten uitgezonderd) door de gevangenis-autoriteiten werd gelezen, 'and it is within the discretion of the Warden to stop or censure any letter, or any part of a letter, on the ground that its contents are objectionable or that the letter is of excessive length'. Omdat Pinkney zijn klacht ex artikel 17 IVBPR niet kon substantieren had hij geen succes, maar het Comité stelde

54 Verhey is van mening dat het begrip 'wet' in het IVBPR 'vermoedelijk' dezelfde betekenis heeft als in het EVRM L F M Verhey, *Horizontale werking van grondrechten, in het bijzonder van het recht op privacy* (diss 1992), p 156, noot 96 en 103

55 Nowak, *CCPR Commentary*, p 209, cursivering in het origineel Op p 351 voegt hij daar aan toe dat ook een inmenging op basis van 'a vague statutory authorization' het verdrag schendt Zoals hierboven vermeld (*supra* noot 48) maakt Nowak een uitzondering voor de artt 13 en 21, een inbreuk op het recht op vergadering, bijvoorbeeld, 'must not necessarily be set forth in a law in the formal sense but may instead be undertaken independently by administrative authorities on the basis of general statutory authorization' (p 378) Opmerkelijk is dat Nowak een ruimer wetsbegrip hanteert m b t art 17 'this does not necessarily mean laws in the formal sense Interference with privacy or an attack on honour by the State or the private sector consequently represents a violation of Art 17 when it conflicts with the national legal system (laws, ordinances, judicial directives)' (p 292) Wellicht hangt dit samen met de afwijkende, negatieve formulering van art 17

56 MvT, p 15 Voorzichtiger maar grotendeels in gelijke zin *Coexistence* p 10, § 21

57 *'General comment'* 16(32), *supra* noot 50, p 182, § 8

wel dat 'a legislative provision in the very general terms of this section did not in itself provide satisfactory legal safeguards against arbitrary application'.[58]

Toch is de jurisprudentie van het Comité niet geheel eenduidig. In de zaak *Maroufidou* (eveneens uit 1981) vocht een Griekse vluchtelinge haar uitzetting uit Zweden aan. Eén van haar argumenten was dat de uitzetting niet conform de Zweedse wet was verlopen. Het Comité verwierp dit punt en stelde zich op een opvallend terughoudend standpunt:

> The Committee takes the view that the interpretation of domestic law is essentially a matter for the courts and authorities of the State party concerned. It is not within the powers or functions of the Committee to evaluate whether the competent authorities of the State party in question have interpreted and applied the domestic law correctly in the case before it under the Optional Protocol, unless it is established that they have not interpreted and applied it in good faith or that it is evident that there is an abuse of power.[59]

Hiermee liet het Comité een ruime bewegingsvrijheid aan de nationale autoriteiten. Toetsing van de nationale wet aan maatstaven als toegankelijkheid ('accessibility' in het Straatsburgse jargon), voorzienbaarheid ('foreseeability'), de aanwezigheid van waarborgen tegen willekeur en conformiteit met de 'rule of law', zoals we die uit de Straatsburgse jurisprudentie gewend zijn, bleef achterwege. Deze omzichtigheid zullen we nog wel vaker tegenkomen.

Concluderend kunnen we stellen dat het IVBPR niet wezenlijk verschilt van het EVRM op het punt van de vereiste wettelijke basis. Dat geldt zelfs voor het afwijkend geformuleerde recht op privacy (artikel 17). De jurisprudentie van het Comité is wat wisselvallig. Het Comité stelt – zeker *in abstracto* – strenge eisen aan de wettelijke basis van beperkingen, maar toont zich terughoudend bij het toetsen van concrete situaties.

4.4 Het doel van beperkingen

Meer afwijkingen komen aan het licht wanneer we het vizier richten op de rechtsgoederen die een inbreuk op fundamentele rechten kunnen rechtvaardigen. Vrijwel alle beperkingsclausules bevatten een limitatieve opsomming van 'legitimate aims' zoals in het EVRM. De ruimte ontbreekt om gedetailleerd in te gaan op de interpretatie die in de literatuur is gegeven aan de verschillende beperkings-

58. *Pinkney* v. *Canada*, Comm. 27/1978, view van 29-10-1981, *Selected Decisions* vol. I, p. 101. Verg. *M. Angel Estrella* v. *Uruguay*, Comm. 74/1980, view van 29-3-1983, *Selected Decisions* vol. II, p. 98: de censuur was van dien aard, dat ook art. 10 IVBPR geschonden was ('the degree of restriction must be consistent with the standard of humane treatment of detained persons').

59. *A. Maroufidou* v. *Zweden*, Comm. 58/1979, view van 9-4-1981, *Selected Decisions* vol. I, p. 83. Verg. de view, aangenomen op dezelfde dag, in de *Mauritian Women*-zaak, *supra* noot 50: 'Since the situation results from the legislation itself, *there can be no question of regarding this interference as "unlawful"* within the meaning of Article 17' (p. 70); zie ook *Hertzberg et al.* v. *Finland*, *infra* noot 80, p. 126.

gronden,[60] we zullen ons hier dan ook beperken tot een schets van de verschillen tussen EVRM en IVBPR.

De vrijheid van godsdienst levert de minste verschillen tussen IVBPR en EVRM op.[61] In zijn *'general comment'* bij dit recht benadrukte het Comité dat de opsomming van beperkingsgronden limitatief is. Ook de gronden die in andere bepalingen worden genoemd (zoals de nationale veiligheid) mogen niet worden ingeroepen om godsdienstuitingen te beperken.[62]

Het recht van vreedzame vergadering (artikel 21 IVBPR) en de verenigingsvrijheid (artikel 22 IVBPR) leveren iets grotere verschillen op met hun Europese tegenhanger (artikel 11 EVRM). Waar het IVBPR spreekt van de ruime beperkingsgrond 'openbare orde' ('public order', 'ordre public') is het EVRM preciezer: slechts het 'voorkomen van wanordelijkheden en strafbare feiten' kan het motief voor een beperking zijn.[63] De positie van overheidspersoneel verdient eveneens aandacht. Artikel 11 EVRM stelt in de laatste zin van lid 2: 'Dit artikel verbiedt niet dat rechtmatige beperkingen worden gesteld aan de uitoefening van deze rechten door leden van de krijgsmacht, van de politie of van het ambtelijk apparaat van de Staat'. Deze bijzonder ruime clausule[64] heeft, nu artikel 11 zowel de verenigings- als de vergadervrijheid omvat, uiteraard ook op beide rech-

60 Zie het artikelgewijze commentaar van Nowak, *CCPR Commentary*. Kiss, *supra* noot 48, en de *Siracusa Principles*, *supra* noot 4, §§ 22-38.

61 Uitingen mogen onder het IVBPR worden beperkt indien dit noodzakelijk is ter bescherming van 'de openbare veiligheid, de orde, de volksgezondheid, de goede zeden of de fundamentele rechten en vrijheden van anderen' (art. 18). Art. 9 EVRM noemt in dit verband als mogelijke doelen 'de openbare veiligheid, de bescherming van de openbare orde, gezondheid of goede zeden of de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen'. Het is duidelijk dat de bepalingen elkaar weinig ontlopen. Wel zal de oplettende lezer zien dat het IVBPR spreekt van 'orde' (in het Engels 'order', in het Frans 'ordre') en het EVRM van *'openbare* orde' (de tegenhanger van het specifieke en ruime begrip 'ordre public'), en waar het IVBPR spreekt van de *'fundamentele* rechten van anderen', heeft het EVRM met de term 'rechten' opnieuw een ruimere beperkingsgrond. De regering lette niet op (de MvT, p. 28, spreekt van *'openbare* orde' als beperkingsgrond in het IVBPR...) en beperkte zich tot de opmerking dat beide bepalingen niet enige redactionele verschillen overeenkomen. Dat nemen we dus maar aan. Vgl. ook *Coexistence*, p. 44, § 167.

62 *'General comment'* 22(48), *supra* noot 42.

63 De regering nam aan dat het voorkomen van strafbare feiten reeds door de woorden 'in het belang van de openbare orde' worden gedekt – MvT p. 32. Nowak geeft aan dat de term 'public order/ordre public' is bekritiseerd om zijn vaagheid, het zou verwijzen naar 'those universally accepted fundamental principles, consistent with respect for human rights, on which a democratic society is based' (zie Nowak, *CCPR Commentary*, pp. 212, 356, 381). Aanmerkelijk somberder was – in 1967 – Schwelb. Aan de hand van de *travaux preparatoires* gaf hij aan dat 'ordre public' hetzelfde was als 'public policy': 'As *apartheid* is the *ordre public* in the Republic of South Africa, if that country became party to the Covenant, it would be under the obligation to guarantee freedom of press, of assembly and of association only subject to this public policy' – E. Schwelb, 'Some aspects of the international covenants on human rights of December 1966', in A. Eide & A. Schou, *International Protection of Human Rights* (7th Nobel Symposium, 1967), p. 115.

64 Verg. EHRM, *Groppera* arrest van 28.3.1990, Serie A 173, § 61: 'it could be inferred that those restrictions are not covered by the requirements of the first sentence of paragraph 2, except for that of lawfulness'.

ten betrekking. In het IVBPR is een vergelijkbare bijzondere beperkingsbevoegdheid alleen in artikel 22 opgenomen en dan beperkt zij zich nog tot leden van de strijdmacht en van de politie. Goed nieuws dus voor de betrokkenen: inbreuken op de vrijheid van vereniging en vergadering van het ambtelijk apparaat zullen aan de strengere test moeten voldoen van het gewone beperkingsregime van het IVBPR. Hetzelfde geldt voor de vergadervrijheid van militairen en politiemensen.[65]

Met betrekking tot de vrijheid van meningsuiting zijn de verschillen nog weer wat groter. Opmerkelijk hierbij is dat het IVBPR minder beperkingsgronden erkent dan het EVRM.[66] Beide bepalingen beginnen met de constatering dat bijzondere plichten en verantwoordelijkheden zijn verbonden aan de uitoefening van deze vrijheid. Artikel 19 lid 3 IVBPR vervolgt dan:

> Deze [uitoefening] kan derhalve aan bepaalde beperkingen worden gebonden, doch alleen beperkingen die bij wet zijn voorzien en nodig zijn:
> (a) in het belang van de rechten of de goede naam van anderen;
> (b) in het belang van de nationale veiligheid of ter bescherming van de openbare orde, de volksgezondheid of de goede zeden.

Artikel 10 lid 2 EVRM is veel uitgebreider:

> (...) kan zij [de uitoefening] onderworpen worden aan bepaalde formaliteiten, voorwaarden, beperkingen of sancties, die bij wet zijn voorzien en die in een democratische samenleving noodzakelijk zijn in het belang van de nationale veiligheid, territoriale integriteit of openbare veiligheid, het voorkomen van wanordelijkheden en strafbare feiten, de bescherming van de gezondheid of de goede zeden, de bescherming van de goede naam of de rechten van anderen; om de verspreiding van vertrouwelijke mededelingen te voorkomen of om het gezag en de onpartijdigheid van de rechterlijke macht te waarborgen.

Ook de regering was het niet ontgaan dat in het EVRM meer beperkingsgronden zijn gegeven. Bij de behandeling van de goedkeuringswet van het IVBPR stelde zij:

> Daaruit mag evenwel niet zonder meer worden afgeleid, dat ingevolge het Internationaal Verdrag geen beperkingsbevoegdheid aanwezig zou zijn in die gevallen, welke wel in het Europees Verdrag maar niet in het onderhavige artikel zijn genoemd. Men kan immers niet aannemen, dat het Internationaal Verdrag zou willen toestaan, dat de burger bij de uitoefening van zijn recht op de vrijheid van meningsuiting bijvoorbeeld strafbare feiten zou plegen of zijn geheimhoudingsplicht zou schenden. Overi-

65. Anderzijds heeft het (verdeelde) Comité geoordeeld dat art. 22 zich niet verzet tegen een wettelijk vastgelegd stakingsverbod voor overheidspersoneel: *J.B. et al.* v. *Canada*, Comm. 118/1982, besl. van 18-7-1986, *Selected Decisions* vol II, pp. 37-39.

66. Het verbod op oorlogspropaganda (art. 20 IVBPR) blijft buiten beschouwing, nu Nederland hierbij een voorbehoud heeft gemaakt. Art 20 kàn als extra beperkingsgrond van de vrijheid van meningsuiting dienen; verg. *J.R.T. and the W.G. Party* v. *Canada*, Comm. 104/1981, besl. van 6-4-1983, *Selected Decisions* vol. II, p. 28.

gens moge worden verwezen naar hetgeen over de reikwijdte van het begrip openbare orde [hiervoor] al is opgemerkt.[67]

Hier lijkt de 'common sense'-benadering het te hebben gewonnen van een strikt juridische analyse. Introduceert de regering hier het leerstuk van de impliciete beperkingen, of rekt zij het (vage) openbare orde-begrip sterk op? Terecht merkt Nowak[68] op dat een te ruime interpretatie van het begrip openbare orde als beperkingsgrond kan leiden tot een uitholling van de vrijheid van meningsuiting; des te meer reden om strenge eisen te stellen aan het noodzakelijkheidscriterium (zie § 4.5). Zuiverder is het wellicht het Franse en Belgische voorbeeld te volgen: zij introduceerden het voorbehoud dat de additionele beperkingsgronden van artikel 10 EVRM ook op artikel 19 IVBPR van toepassing zijn. Aan de andere kant kan zo'n voorbehoud in de weg staan aan een toetsing door het Mensenrechtencomité,[69] terwijl een opmerking van de regering in de MvT dat effect uiteraard niet kan hebben.

Ook bij artikel 12 IVBPR (het recht zich vrijelijk te verplaatsen en het recht een land te verlaten) valt op dat minder beperkingsgronden zijn toegestaan dan in de Europese tegenvoeter (artikel 2 van het vierde Protocol). Omdat dit recht in de praktijk van minder belang blijkt, en een vergelijking ongeveer hetzelfde beeld zou opleveren als hierboven, zullen wij hier niet verder op ingaan.[70]

Tot slot artikel 17 IVBPR, de privacy. Zoals in § 4.1 werd aangegeven, ontbreekt de gebruikelijke beperkingsclausule in deze bepaling, als gevolg waarvan een opsomming van toegestane beperkingsgronden afwezig is. De meeste auteurs zijn dan ook van mening dat artikel 8 EVRM meer bescherming van de privacy lijkt te bieden.[71]

67 MvT, p 30 vergelijk Nowak, *CCPR Commentary*, p 352

68 Nowak, *CCPR Commentary*, p 357, verg Schwelb, noot 63 *supra*, J P Humphrey, 'Political and Related Rights', in Th Meron, *Human Rights in International Law Legal and Policy Issues* (1985) , pp 180-181 en *Coexistence*, p 46, § 177

69 Preciezer gezegd het Comité zal de aanvullende beperkingsgronden van art 10 EVRM bij zijn beoordeling van de situatie moeten betrekken Dat impliceert dat het Comité dan gedwongen wordt een eigen uitleg van het EVRM te geven

70 Met name het vierde lid van art 2 ('De in het eerste lid genoemde rechten kunnen ook, in bepaalde omschreven gebieden, worden onderworpen aan beperkingen, die bij wet zijn voorzien en gerechtvaardigd worden door het algemeen belang in een democratische samenleving') roept verwondering op door zijn vaagheid, het ontbreken van specifieke doelcriteria en de afwezigheid van het noodzakelijkheidsvereiste Verg Van Dijk & Van Hoof, p 541 en ACM, *Over de grenzen – het recht een land te verlaten en het recht op terugkeer* (1986), pp 6-14

71 Zie Verhey, *supra* noot 54, p 205 en Van Dijk & Van Hoof, p 439 De MvT, p 27, stelt dat art 8 EVRM een 'duidelijker' waarborg inhoudt dan art 17 IVBPR Nowak, *CCPR Commentary*, p 293, meent dat in het verbod op willekeurige inmenging de eis besloten ligt dat de inbreuk 'had a purpose that seems legitimate on the basis of the Covenant in its entirety, ( ) was predictable in the sense of rule of law and, in particular, ( ) was reasonable (proportional) in relation to the purpose to be achieved' Zie over de relatie tussen de termen 'arbitrary' en 'unlawful' ook, in het kader van art 14 IVBPR, *Van Alphen* v *Nederland*, Comm 305/1988, view van 23-7-1990, *VN Doc* A/45/40, p 115

Samenvattend: het valt op dat het IVBPR op enkele punten strikter is en minder beperkingsgronden aanvaardt dan vergelijkbare EVRM-bepalingen. Met name overheidspersoneel wordt in het IVBPR een sterkere bescherming van de verenigings- en vergadervrijheid geboden. Tegelijkertijd hanteert het IVBPR op een aantal plaatsen het rekbare begrip 'openbare orde' ('public order'/'ordre public') als beperkingsgrond terwijl het EVRM op dat punt preciezer is door slechts het 'voorkomen van wanordelijkheden en strafbare feiten' als motief voor een beperking te accepteren.

4.5 De noodzakelijkheid van de beperking

De exegese van het IVBPR voortzettend komen we aan bij de noodzakelijkheidstoets. In de Straatsburgse jurisprudentie draait het in veel gevallen om de (politiek vaak geladen) vraag of een inbreuk 'noodzakelijk in een democratische samenleving' was. Zoals in § 4.1 is gebleken is deze toets een geheel eigen leven gaan leiden en heeft hij zich ontwikkeld tot de cruciale rechtsvraag bij het beoordelen van de aanvaardbaarheid van beperkingen.

Het IVBPR bevat vergelijkbare clausules, maar vrijwel alle bepalingen wijken textueel af van het EVRM. Zo kan het recht zich vrijelijk te verplaatsen (artikel 12 IVBPR) aan restricties worden onderworpen indien dit *'nodig'* is om een van de in § 4.3 genoemde doelen te beschermen. Dezelfde – vage – term komt terug in artikel 19 lid 3, dat op beperkingen van de vrijheid van meningsuiting ziet. Artikel 17 IVBPR (het recht op privacy) vermeldt in het geheel niet dat inbreuken noodzakelijk of zelfs nodig moeten zijn, al verbiedt de bepaling wel *'willekeurige'* inmenging in het privé-leven.[72] Artikel 18 IVBPR (de vrijheid van godsdienst) gebruikt het woord *'noodzakelijk'*, dus zonder de toevoeging 'in een democratische samenleving'. In artikel 21 en 22 komt tenslotte de term *'geboden in een democratische samenleving'* voor, die we gezien de Engelse tekst van het verdrag ('necessary in a democratic society') kunnen gelijkstellen met het vertrouwde 'noodzakelijk in een democratische samenleving'.

Dit overzicht roept twee vragen op. Duiden de termen 'nodig' respectievelijk 'noodzakelijk' op verschillende maatstaven, en hoe dienen zij te worden uitgelegd? Moet in de context van het IVBPR hetzelfde worden verstaan onder het begrip 'necessary in a democratic society' als in het EVRM?

Allereerst kan worden vastgesteld dat er geen belang moet worden gehecht aan het onderscheid 'nodig' (artikelen 12 en 19) enerzijds, en 'noodzakelijk' (artikel 18) anderzijds. De Engelse tekst gebruikt bij alle drie de bepalingen het woord 'necessary'; de Franse spreekt steeds over 'restrictions ... qui sont néces-

72. Het verbod op willekeurige inbreuken kan zo worden uitgelegd dat het in de buurt komt van het noodzakelijkheidsvereiste van de andere IVBPR-bepalingen. Vergelijk *'general comment'* 16(32), *supra* noot 50, p. 181, § 4 ('interference should be, in any event, *reasonable* in the particular circumstances') en Nowak, *CCPR Commentary*, p. 293. Erg ver gaat een 'reasonableness-test' natuurlijk niet; verg. W. Morgan, 'Sexuality and Human Rights: The First Communication by an Australian under the OP to the ICCPR', in: *Australian Year Book of International Law* vol. 14 (1993), pp. 277-292, op p. 286.

saires' Ook de MvT bij de goedkeuringswet gebruikt, nota bene in afwijking van de officiele Nederlandse vertaling, het woord 'noodzakelijk' [73]

Het ontbreken van de woorden 'in een democratische samenleving' zou wèl op een inhoudelijk verschil kunnen duiden Pogingen om deze woorden toe te voegen aan de beperkingsclausules van de artikelen 12, 18 en 19 sneuvelden tijdens de onderhandelingen [74] Kiss meent echter (zonder daar overigens argumenten voor aan te dragen) dat deze omissie niet significant is [75] Ook de Nederlandse regering deed de verschillen tussen artikel 18 lid 3 IVBPR en artikel 9 lid 2 EVRM af als 'redactioneel', het ontbreken van de term 'in een democratische samenleving' levert dus in haar ogen kennelijk geen inhoudelijke verschillen op [76] Nowak denkt hier anders over 'The relevant criterion for evaluating whether interference is necessary is not a common, democratic minimum standard but rather solely whether it was proportional in the given case' [77] De praktijk van het Comité biedt geen steun voor een van beide stellingen

De artikelen 21 en 22 verwijzen wel naar het vertrouwde 'necessary in a democratic society' Het ligt voor de hand dat de woorden 'in een democratische samenleving' een meerwaarde hebben, dat wil zeggen dat naast de proportionaliteitstoets die besloten ligt in het noodzakelijkheidsvereiste, een tweede meer inhoudelijke eis wordt gesteld aan restricties Daarmee is echter nog niet gezegd dat deze term dezelfde lading heeft als in het EVRM Het is immers denkbaar dat de mondiale (en zelden Westers-democratische) 'setting' van het IVBPR een andere invulling van deze term met zich mee brengt Nowak meent inderdaad dat

> The common minimum democratic standard is lower in a universal interregional treaty than in a regional one, such as the ECHR Nevertheless, the criteria of pluralism, tolerance and broadmindedness mentioned by the European Court of Human Rights in the *Handyside* case may be deemed valid as a general standard for democratic societies This is accompanied by the principle of peoples' sovereignty, i e , popular participation in the political decision-making process, and by the respect for and active protection of human rights, in particular the requirement of democratic equality [78]

Hoewel de wenselijkheid van zijn interpretatie wel onderschreven kan worden, kan de vraag toch gesteld worden op welke argumenten ze gebaseerd is De jurisprudentie van het Mensenrechtencomité biedt in elk geval geen aanknopingspunten

73 Zie MvT, p 23

74 Zie Bossuyt, *supra* noot 49 p 391, *VN Doc* A/2929, 49 (§ 133)

75 Kiss, *supra* noot 48, p 306

76 MvT, p 29

77 Nowak, *CCPR Commentary*, p 325, in gelijke zin op pp 211 en 352

78 Nowak, *CCPR Commentary*, p 379 Genuanceerder O M Garibaldi, 'On the Ideological Content of Human Rights Instruments The Clause "in a Democratic Society"', in T Buergenthal (ed), *Contemporary Issues in International Law* (1984), pp 23 68

Wèl blijkt dat de bewijslast in belangrijke mate bij de aangeklaagde staat wordt gelegd. In enkele zaken tegen Uruguay had de regering nagelaten aan te geven waarom de klagers waren aangehouden en veroordeeld; de verschafte informatie beperkte zich tot de mededeling dat zij betrokken waren geweest bij subversieve activiteiten. Het Comité vond dat onvoldoende specifiek om te kunnen concluderen dat de inbreuken op de betrokken rechten aan het noodzakelijkheidsvereiste voldeden.[79]

De befaamde 'margin of appreciation' dook in 1982 op in de zaak *Hertzberg*. Enkele uitzendingen rond het thema homosexualiteit waren gecensureerd door de Finse (staats)omroep, sommige betrokkenen waren zelfs vervolgd. Een klacht op basis van artikel 19 (de vrijheid van meningsuiting) strandde echter op een zeer terughoudend Comité. Zonder zelfs maar kennis te hebben genomen van de inhoud van de gecensureerde programma's stelde het Comité:

> It has noted, first, that public morals differ widely. There is no universally applicable common standard. Consequently, in this respect, a certain margin of discretion must be accorded to the responsible national authorities. The Committee finds that it cannot question the decision of the responsible organs of the Finnish Broadcasting Corporation that radio and TV are not the appropriate forums to discuss issues related to homosexuality, as far as the programme could be judged as encouraging homosexual behaviour (...) In particular, harmful effects on minors cannot be excluded.[80]

Het oordeel vertoont wel wat gelijkenissen met de Straatsburgse jurisprudentie, in die zin dat Commissie en Hof bereid zijn de staten een zekere vrijheid te laten bij de bescherming van 'public morals'.[81] Anderzijds wordt de media een hoge graad van bescherming toegekend, en het is – zeker anno 1994 – onwaarschijnlijk dat 'Straatsburg' tot een vergelijkbare uitkomst was gekomen. In ieder geval had de inhoud van de omstreden uitzending een essentiële rol gespeeld bij de beoordeling van de klacht.[82] Wellicht kan deze zaak dienen als aanwijzing dat het Comité, met leden uit alle delen van de wereld, zich terughoudend wenst op te stellen bij controversiële issues. Een ander factor kan zijn dat het Comité in

79. Zie bv. *A.M.G. Lanza de Netto e.a.* v. *Uruguay*, Comm. 8/1977, view van 8-4-1980, *Selected Decisions* vol. I, p. 49; *A. Grille Motta* v. *Uruguay*, Comm. 11/1977, view van 29-7-1980, *ibidem*, p. 57 (met een 'individual opinion' van Tomuschat, die stelde dat klager niet had geconcretiseerd in welk opzicht zijn vrijheid van meningsuiting was geschonden, zodat ook niet van de staat verwacht mag worden dat deze de klacht weerlegt); *L. Buffo Carballal* v. *Uruguay*, Comm. 33/1978, view van 27-3-1981, *ibidem*, p. 64; *D. Saldías de López*, *supra* noot 4, p. 91 ('It would have been the duty of the State party to provide specific information in this regard, if it wanted to refute the allegations').

80. *Hertzberg et al.* v. *Finland*, Comm. 61/1979, view van 2-4-1982, *Selected Decisions* vol. I, p. 126.

81. Zie § 4.1, m.n. de zaken *Handyside, supra* noot 36 en *Dudgeon, supra* noot 39.

82. Zie het arrest *Lingens, supra* noot 39, §§ 42-43 en J. van der Velde, *ibidem*, p. 433. Verg. de zaak *Jersild*, over een journalist die was veroordeeld voor een programma waarin extreemrechtse jongeren hun opvattingen ten beste gaven. Na uitgebreide bestudering van de inhoud vond het Hof op 23-9-1994 een schending van art. 10 EVRM (Serie A-298). Kritisch over *Hertzberg* is ook D. McGoldrick, *supra* noot 41, p. 468.

1982 pas enige jaren functioneerde Ook de Straatsburgse organen stelden zich in hun beginjaren terughoudend op

Het Comité blijkt ook in andere zaken bereid de nationale autoriteiten, en met name de rechter, veel ruimte te laten Het is vaste jurisprudentie dat het Comité net zo min als de Straatsburgse organen als 'vierde instantie' wil optreden [83] Zo gaf het Comité in verschillende zaken tegen Jamaica, waarin werd geklaagd dat de rechter de jury verkeerd had geinstrueerd, duidelijk aan alleen bereid te zijn tot 'review' over te gaan als het optreden van de rechter 'clearly arbitrary' was 'or amounted to denial of justice' [84] In een 'individual opinion' bij de zaak *Hendriks* v *Nederland* plaatste Comite-lid Wako voorzichtig vraagtekens bij deze terughoudendheid

> The Committee's decision finding no violation of article 23 of the Covenant in this case is predicated on its reluctance to review the evaluation of facts or the exercise of discretion by a local court of a State party ( ) My first concern is that, though the Committee's practice of not reviewing the decisions of local courts is prudent and appropriate, it is not dictated by the Optional Protocol [85]

Het roer leek kort geleden om te gaan in de zaak *McIntyre et al* v *Canada* [86] Enkele Engelstalige ondernemers, woonachtig in het Franstalige Quebec, klaagden over het verbod om in het Engels te communiceren met hun (Engelstalige) clientèle Zo werd een begrafenisondernemer opgedragen het uithangbord *'Kelly Funeral Home'* van zijn zaak te verwijderen De uitspraak is om een aantal redenen interessant, maar we beperken ons hier tot artikel 19, de vrijheid van meningsuiting Nadat het Comité had bepaald dat dit recht ook commerciele activiteiten omvat, ging het na of de Québecoise inbreuk te rechtvaardigen was onder artikel 19 lid 3

> The Government of Quebec has asserted that commercial activity such as outdoor advertising does not fall within the ambit of Article 19 The Committee does not share this opinion Article 19, paragraph 2, ( ) should not be confined to means of political, cultural or artistic expression ( ) The Committee does not agree either that any of the above forms of expression can be subjected to varying degrees of limitation, with the result that some forms of expression may suffer broader restrictions than others ( ) While the restrictions on outdoor advertising are indeed provided for by law, the issue to be addressed is whether they are necessary for the respect of the rights of others The rights of others could only be the rights of the francophone minority within Canada under article 27 This is the right to use their own language, which is not jeopardized by the freedom of others to advertise in other

83 Het Comite vat dit letterlijk zo samen zie *VN Doc* A/46/40, p 165

84 *D F* v *Jamaica*, Comm 329/1988, besl van 26 3-1990, *VN Doc* A/45/40, p 190

85 *Hendriks* v *Nederland*, Comm 201/1985, view van 27 7 1988 *VN Doc* A/45/40, p 240

86 *McIntyre et al* v *Canada*, Comm Nos 359 & 385/1989, view van 31-3 1993, integraal opgenomen in *Human Rights Law Journal* vol 14 (1993), pp 171 178, en weergegeven in *NJCM Bulletin* 18 7 (1993), p 832

> than the French language. Nor has the Committee reason to believe that public order would be jeopardized by commercial advertising outdoors in a language other than French. (...) The Committee believes that it is not necessary, in order to protect the vulnerable position in Canada of the francophone group, to prohibit commercial advertising in English. This protection may be achieved in other ways that do not preclude the freedom of expression, in a language of their choice, of those engaged in such trade. For example, the law could have required that advertising be in both French and English. A State may choose one or more official languages, but it may not exclude, outside the spheres of public life, the freedom to express oneself in a language of one's choice. The Committee accordingly concludes that there has been a violation of article 19 paragraph 2.

Niet eerder heeft het Comité zo'n expliciete noodzakelijkheidstoets verricht. Deze toets draait om een subsidiariteitstest (andere middelen hadden hetzelfde doel kunnen bereiken zonder de vrijheid van meningsuiting evenzeer te beperken). Daarbij valt op dat het Comité het algemene beperkingsregime ook op commerciële uitingen van toepassing acht. Hiermee gaat het Comité verder dan het Europees Hof voor de Rechten van de Mens, dat een extra ruime 'margin of appreciation' toekent bij de beperking van commerciële uitingen.[87]

Hopelijk is de uitspraak het begin van een activistischer tijdperk van het Comité. Die hoop wordt versterkt door het al eerder aangehaalde recente *'general comment'* over artikel 18. Het Comité gaf aan dat 'limitations must be applied only for those purposes for which they were prescribed and must be directly related and proportionate to the specific need on which they were predicated'.[88]

4.6 Artikel 25: de beperking van politieke rechten

Tegen de achtergrond van hetgeen tot nu toe is besproken neemt artikel 25 IVBPR een geheel eigen plaats in. Onder expliciete verwijzing naar het non-discriminatie-beginsel van artikel 2 IVBPR, kent deze bepaling o.m. aan elke burger 'zonder onredelijke beperkingen' het recht te stemmen en gekozen te worden. Een nadere omschrijving van de beperkingsmogelijkheden van dit recht ontbreekt, met als gevolg dat beperkingen zijn toegelaten voor zover zij 'niet onredelijk' zijn. Een dergelijk vaag criterium geeft uiteraard relatief veel vrijheid aan de nationale autoriteiten.

Het Mensenrechtencomité heeft zich vooral in de jaren '70 vaak uitgesproken over artikel 25, ook hier naar aanleiding van de stroom klachten tegen Uruguay. Verschillende klachten hadden betrekking op de gevolgen van een decreet uit 1976 waarbij leden van de voormalige oppositie alle politieke rechten ontnomen werden voor een periode van 15 jaar. Zonder veel aandacht te besteden aan een precies uitgewerkte juridische motivering oordeelde het Comité in deze zaken

87 EHRM, *Markt Intern Verlag* arrest van 20.11.1989, Serie A 165, § 33; zie de noten van J. van der Velde en J. Schokkenbroek in *NJCM-Bulletin* 15.1 (1990), pp. 82 resp. 86.

88 *'General comment'* 22(48), *supra* noot 42, p. 67.

dat de beperking 'unreasonable' was.[89] Een paar jaar later stelde het HRC zelfs expliciet dat het decreet van 1976 *als zodanig* een onredelijke beperking opleverde van de politieke rechten die artikel 25 IVBPR beschermt.[90] In het geval van een voormalig vakbondsleider introduceerde het Comité een proportionaliteitstoets:

> The Human Rights Committee is aware that the sanction of deprivation of certain political rights is provided for in the legislation of some countries. Accordingly, Article 25 of the Covenant prohibits 'unreasonable' restrictions. In no case, however, may a person be subjected to such sanctions solely because of his or her political opinion (arts. 2(1) and 26). Furthermore, the principle of proportionality would require that a measure as harsh as the deprivation of all political rights for a period of 15 years be specifically justified. No such attempt has been made in the present case.[91]

Opmerkelijk was een zaak tegen Zaïre. Omdat zij een open brief aan president Mobutu hadden gestuurd, werden acht parlementariërs uit het Parlement verwijderd. Hun burgerrechten, waaronder het recht een openbaar ambt uit te oefenen, werden hen voor een periode van vijf jaar ontnomen. Gevangenisstraffen tot 15 jaar volgden toen zij plannen maakten voor de oprichting van een nieuwe politieke partij. Na hun vrijlating volgde een interne verbanning. Het Comité zag in de hele gang van zaken een schending van artikel 25. De autoriteiten reageerden op de uitspraak door de klagers een nieuwe verbanning op te leggen.[92]

Een heel andere context had de (tweede) *Mikmaq*-zaak. De Canadese regering had een serie conferenties 'on aboriginal matters' georganiseerd waarop het overleg voerde met vertegenwoordigers van zo'n 600 indianenstammen. De Mikmaq-stam was niet uitgenodigd, en klaagde bij het Mensenrechtencomité over schending van artikel 25. Gezien de inhoud van de conferenties meende het Comité dat artikel 25 wel van toepassing was, maar dat deze bepaling niet aan elke groep het onvoorwaardelijke recht geeft om zelf deel te nemen aan de behandeling van

89 Zie bv *M H Valentini de Bazzano* v *Uruguay*, Comm 5/1977, view van 15-8-1979, *Selected Decisions* vol I, p. 42, *L Sala de Tourón* v *Uruguay*, Comm 32/1978, view van 31-3-1981, *ibidem*, p 62, en *Landinelli*, *supra* noot 24, p 66 ' even on the assumption that there exists a situation of emergency in Uruguay, the HRC does not see what ground could be adduced to support the contention that, in order to restore peace and order, it was necessary to deprive all citizens, who as members of certain political groups had been candidates in the elections of 1966 and 1971, of any political right for a period as long as 15 years'

90 *Altesor* v *Uruguay*, Comm 10/1977, view van 29-3-1982, *Selected Decisions*, vol I, p 109

91 *A Pietraroia* v *Uruguay*, Comm 44/1979, view van 27-3-1981, *Selected Decisions* vol I, p 79, verg *L Weinberger Weisz* v *Uruguay*, Comm 28/1978, view van 29-10-1980, *ibidem*, p 60

92 *N Mpandanjila et al* v *Zaire*, Comm 138/1983, view van 26-3-1986, *Selected Decisions* vol II, p 164 resp *Birindwa & Tshisekedi* v *Zaire*, Comm 241 & 242/1987, view van 2-11-1989, *VN Doc* A/45/40, p 77 Verg *A A Mpaka-Nsusu* v *Zaire*, Comm 157/1983, view van 26-3-1986, *Selected Decisions* vol II, p 187, waarin de klager anderhalf jaar gevangen was gehouden, en vervolgens permanent verbannen naar zijn geboorteplaats, omdat hij zich kandidaat voor het presidentschap had gesteld

openbare aangelegenheden In de omstandigheden van het geval was de Mikmaq-stam niet onderworpen geweest aan onredelijke beperkingen [93]

Aparte vermelding verdient artikel 25(c) waarin – anders dan in het EVRM[94] – het recht op gelijke toegang tot de overheidsdienst is neergelegd De zaak *Stalla Costa* v *Uruguay* speelde voor de verandering eens *na* de dictatuur De burgerregering had, in het kader van de normalisatie van de samenleving, besloten dat alle ambtenaren die tijdens de dictatuur waren ontslagen op politieke gronden, voorrang zouden krijgen bij nieuwe benoemingen in de openbare dienst Stalla Costa, een jurist die 'gewoon' wilde solliciteren naar een overheidsbaan, voelde zich achtergesteld Hij ving echter bot bij het Comité

> Taking into account the social and political situation in Uruguay during the years of military rule, in particular the dismissal of many public servants pursuant to Institutional Act No 7, the Committee understands the enactment of Law ( ) by the new democratic Government of Uruguay as a means of redress Indeed, the Committee observes that Uruguayan public officials dismissed on ideological, political or trade union grounds were victims of violations of article 25 of the Covenant and as such are entitled to an effective remedy under article 2 § 3(a) of the Covenant The Act should be looked upon as such a remedy The implementation of the Act, therefore, cannot be regarded as incompatible with the reference to 'general terms of equality' in article 25(c) of the Covenant [95]

Het is moeilijk dit overzicht van artikel 25 af te zetten tegen de Straatsburgse jurisprudentie De bij het Comité aangebrachte zaken zijn in het algemeen toch van een andere orde dan wat in de Raad van Europa speelt

5. Enkele conclusies

Welke conclusies kunnen uit de voorgaande studie worden getrokken? In essentie komt het op het volgende neer waar het de afgrenzing van de mensenrechten betreft ontlopen IVBPR en EVRM elkaar niet veel De tekst van het IVBPR biedt op onderdelen wat meer garanties dan het EVRM, op andere punten minder De jurisprudentie van het Comité is minder ver ontwikkeld dan in Straatsburg. veel minder zaken, minder uitspraken waarin een inhoudelijk oordeel over de opgelegde beperkingen wordt uitgesproken, summiere motiveringen, behoedzaamheid om de nationale rechter niet voor de voeten te lopen Bij het ontbreken van een

93 *Mikmaq people* v Canada, Comm 205/1986, view van 4 11 1991, *VN Doc* A/47/40, p 216 Verg *Coexistence* p 54, § 222

94 Zie EHRM, *Glasenapp* arrest van 28 8 1986, Serie A 104, §§ 48-53 Overigens bestaat de kans dat het Hof 'om' gaat in de onlangs voorgelegde zaak *Vogt* v *Duitsland* (Appl No 17851/91) Zie algemeen over het beperken van politieke rechten Chr Tomuschat, 'Democratic Pluralism The Right to Political Opposition', in A Rosas & J Helgesen (eds), *The Strength of Diversity – Human Rights and Pluralist Democracy* (1992), pp 27 47

95 *R D Stalla Costa* v *Uruguay*, Comm 198/1985, view van 9-7 1987, *Selected Decisions* vol II p 221

substantiële 'body of case-law' baseert de literatuur zich grotendeels op de ervaringen die in Straatsburg zijn opgedaan.

Toch staan wij aan het eind van deze exercitie niet helemaal met lege handen. We beperken ons – uiteraard – tot die punten waar het IVBPR meer te bieden heeft dan het EVRM.[96] Allereerst de noodtoestand. Het IVBPR stelt op enkele punten meer eisen aan het uitroepen van de noodtoestand en het opschorten van mensenrechten: de noodtoestand moet officieel zijn afgekondigd; maatregelen mogen niet discrimineren; een viertal rechten geniet onder het IVBPR een 'notstandsfeste' status; notificatie van de noodtoestand dient onverwijld plaats te vinden. Deze constatering is niet alleen van belang voor degenen die overwegen een klacht in te dienen bij het VN-Comité. *De verplichtingen die het IVBPR met zich mee brengt hebben namelijk een directe betekenis voor het EVRM.* Artikel 15 lid 1 EVRM bepaalt immers dat de maatregelen, afgezien van alle overige voorwaarden, 'niet in strijd mogen zijn met andere verplichtingen die voortvloeien uit het internationale recht'. Deze schakelbepaling maakt het mogelijk de aanvullende eisen van het IVBPR te introduceren in het EVRM. Een maatregel die in overeenstemming is met de expliciet in het EVRM opgenomen eisen, maar wel strijdt met een of meer aanvullende voorwaarden van het IVBPR, is daarmee ook strijdig met het EVRM zelf. Het is dus mogelijk de IVBPR-normen, voor zover zij een verdergaande bescherming bieden, in te roepen voor de Straatsburgse organen. Dat kan aantrekkelijker zijn dan een gang naar het Mensenrechtencomité, aangezien dit niet bevoegd is bindende uitspraken te doen.

Een concrete illustratie werd geboden in de zaak *Brannigan & McBride* v. *Verenigd Koninkrijk*. De klagers stelden dat de noodtoestand, waarop het VK zich beriep, niet officieel was afgekondigd. Nu hiermee niet aan alle eisen van artikel 4 IVBPR was voldaan, meenden zij dat de Britse maatregelen in strijd met artikel 15 EVRM waren genomen. Het Hof gaf aan de redenering in beginsel te accepteren.[97] Na een onderzoek van de feitelijke omstandigheden kwam het Hof tot de conclusie dat de betreffende afkondiging 'was well in keeping with the notion of an official proclamation'.

Nu is de noodtoestand in de Nederlandse rechtsorde gelukkig een uitzonderlijk fenomeen. De reguliere beperkingen van mensenrechten, zoals besproken in § 4, hebben een veel groter praktisch belang. Het zou daarom van grote betekenis zijn als het IVBPR, op die onderdelen waar het een hoger beschermingsniveau biedt, zou kunnen doorwerken in de interpretatie van het EVRM zelf. Naar onze mening is dat zeker verdedigbaar. Zoals we hebben gezien mogen de rechten in de artikelen 8-11 EVRM alleen beperkt worden indien en voor zover dat 'in accordance with the law' is. De woorden 'the law' verwijzen onder andere naar het nationale recht. Maar in een monistisch stelsel als het Nederlandse maakt het

96. Krachtens art. 5 lid 2 IVBPR en art. 60 EVRM kan geen verdragsbepaling afbreuk doen aan andere rechtsregels die het individu meer bescherming bieden.

97. EHRM, *Brannigan & McBride* v. *Verenigd Koninkrijk*, arrest van 26-5-1993, Serie A-248-B, § 72: 'The Court observes that it is not its role to seek to define authoritatively the meaning of the terms 'officially proclaimed' in Article 4 of the Covenant. Nevertheless it must examine whether there is any plausible basis for the applicant's argument in this respect'.

IVBPR onderdeel uit van die nationale rechtsorde![98] Dezelfde constructie is nu denkbaar als zoëven werd beschreven in het kader van de noodtoestand: voor zover het IVBPR verder gaat dan het EVRM vereist het EVRM dat een recht slechts beperkt wordt in de mate die het IVBPR toelaat.

Wij geven een voorbeeld: artikel 11 lid 2 EVRM maakt het mogelijk dat de uitoefening van de verenigings- en vergadervrijheid door onder andere leden van de krijgsmacht aan 'rechtmatige beperkingen' ('lawful restrictions') wordt onderworpen. Artikel 21 IVBPR biedt meer waarborgen: beperkingen van het recht van vergadering moeten niet alleen 'rechtmatig' zijn, maar ook noodzakelijk in een democratische samenleving in het belang van enkele expliciet omschreven doelen. Stel nu dat een wet wordt aangenomen die het recht van vergadering voor soldaten tot nihil reduceert, dan zouden de Straatsburgse organen hun toets niet mogen beperken tot een onderzoek of er wel een voldoende wettelijke basis voor deze beperking is; zij zouden tevens moeten nagaan of aan de aanvullende eisen van artikel 21 IVBPR is voldaan. Immers: een dergelijke beperking *kan* niet 'lawful' zijn wanneer zij strijdig is met de normen van het IVBPR die integraal onderdeel vormen van de nationale rechtsorde.

Hiertegen kan worden ingebracht dat Commissie en Hof niet bevoegd zijn het IVBPR toe te passen: krachtens artikel 19 EVRM dienen zij slechts toe te zien op de naleving van het EVRM.[99] Bovendien lijkt het niet direct op de weg van Straatsburg te liggen om nationale wetgeving te toetsen aan het IVBPR. Toch overtuigen deze bezwaren niet, al was het maar omdat ze niet goed te rijmen zijn met het feit dat het Hof in *Brannigan & McBride* bereid was de Britse noodtoestand aan het IVBPR te toetsen. Meer in het algemeen verlangt het EVRM nu eenmaal dat beperkingen van rechten in overeenstemming zijn met de wet in ruime zin. Daar komt nog bij dat Commissie en Hof bereid zijn na te gaan of de betreffende wet wel in overeenstemming is met de 'rule of law'.[100] Het valt dan ook niet in te zien waarom zij niet zouden mogen nagaan of deze wet wel in overeenstemming is met mensenrechtelijke normen die in wezen een con-

98 De hier voorgestelde redenering gaat in beginsel niet op voor dualistische landen die het EVRM noch het IVBPR in hun nationale rechtsorde hebben geïncorporeerd, zoals het Verenigd Koninkrijk en Ierland Niettemin is op tenminste drie gronden verdedigbaar dat ook in deze landen het IVBPR deel uitmaakt van het nationale recht Allereerst vormt het IVBPR een inspiratiebron voor de algemene beginselen van EG-recht (zie HvJ, zaak 374/87, *Orkem* v *Cie* , Jur 1989, p 3351) en als zodanig werkt het door in de rechtsstelsels van de lidstaten, daarnaast kan het IVBPR als onderdeel van internationaal gewoonterecht door bijvoorbeeld Engelse rechters kan worden toegepast (zie A J Cunningham, 'The European Convention on Human Rights, Customary International Law and the Constitution', in *International and Comparative Law Quarterly* vol 43 (1994), pp 537-567, op pp 564-565) Tot slot vereist art 2 IVBPR dat staten 'alle wettelijke maatregelen nemen die nodig zijn om de in dit verdrag erkende rechten tot gelding te brengen voor zover daarin niet reeds door bestaande wettelijke regelingen of anderszins is voorzien' Dat brengt wellicht geen plicht tot incorporatie met zich mee, maar betekent wel dat de garanties van het IVBPR materieel onderdeel van de rechtsorde moeten uitmaken

99 Verg E A Alkema, *Studies over Europese Grondrechten* (1978), p 24

100 Verg § 4 1, noot 32

herkomst zijn is onvoldoende reden ze buiten beschouwing te laten. Sterker nog, het uitgangspunt dat het Hof de mensenrechtenverdragen harmonisch interpreteert, vormt nog eens een extra argument om de aanvullende verplichtingen van het IVBPR 'in het EVRM te lezen'.[101]

Als deze constructie wordt aanvaard, doemt overigens een nieuwe vraag op: is alleen het IVBPR *als zodanig* onderdeel van de Nederlandse rechtsorde, of *zoals geïnterpreteerd door het Comité*? Als dat laatste het geval zou zijn[102], vormen de 'views' van het Comité een belangrijk gegeven voor Straatsburg. Mag het EHRM dan bijvoorbeeld voorbij gaan aan de uitspraak van het Comité in *McIntyre* v. *Canada*, dat commerciële uitingen onder hetzelfde beperkingsregime vallen als alle andere vormen van meningsuiting? Neen, indien men de volgende gedachtengang aanvaardt: volgens artikel 10 lid 2 EVRM mag de vrijheid van meningsuiting alleen worden beperkt indien en voor zover dat 'bij wet' is voorzien; deze wet omvat het IVBPR; artikel 19 IVBPR geeft (volgens het orgaan dat speciaal is ingesteld om toe te zien op de naleving van het verdrag) eenzelfde graad van bescherming aan commerciële uitingen als aan andere vormen van meningsuiting; enig onderscheid dat er toe leidt dat een commerciële uiting minder wordt beschermd is dus in strijd met artikel 10 EVRM.[103]

Alles overziend kunnen wij de mensenrechten-jurist aanraden het IVBPR niet uit het oog te verliezen, ook niet wanneer een procedure in Straatsburg wordt overwogen.

101. Zie het recente arrest *Jersild*, *supra* noot 82, § 30: 'Denmark's obligations under Article 10 must be interpreted, to the extent possible, so as to be reconcilable with its obligations under the UN Convention' (in casu de CERD).

102. En we stellen dit met enige voorzichtigheid, omdat de uitspraken van het Comité niet bindend zijn en het Comité evenmin expliciet in het IVBPR wordt aangewezen als het orgaan dat bevoegd is het verdrag van authentieke interpretaties te voorzien.

103. Het EHRM komt in deze gedachtengang in dezelfde positie te staan tot het IVBPR en het Mensenrechtencomité als het EG Hof van Justitie tot het EVRM en het EHRM. Verg. R.A. Lawson, 'Confusion and Conflict? Diverging Interpretations of the ECHR in Strasbourg and Luxembourg', in: R.A. Lawson & M. de Blois, *The Dynamics of the Protection of Human Rights in Europe – Liber Amicorum for Professor H.G. Schermers, vol. III* (1994), pp. 227-234. Omgekeerd kan ook het Mensenrechtencomité in de situatie terecht komen waarin het het EVRM moet interpreteren: zie § 4.4, noot 69 *supra*.